

A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA EM SIMULTÂNEO COM O DIREITO NACIONAL – PROBLEMAS E INCOMPATIBILIDADES.

*MELHORIAS CONSEGUIDAS COM A ALTERAÇÃO DA
LEI N.º 18/2003 PARA A LEI N.º 19/2012.*

RICARDO FILIPE FERREIRA LIMA

Dissertação de Mestrado em Direito, na
área de especialização em Ciências
Jurídico – Económicas, para finalização
do Ciclo de estudos conducente à
obtenção do grau de Mestre, apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade
do Porto, realizada sob a orientação do
**Exmo. Senhor Professor Doutor José
Manuel Nunes Sousa Neves Cruz.**

JULHO 2015

AGRADECIMENTOS:

A elaboração da presente dissertação não poderia ter ocorrido sem o apoio constante da minha família, que sempre me orientou no melhor caminho possível e me deu todas as armas necessárias para atingir os meus objetivos. Um especial agradecimento ao Jorge pela influência na escolha deste rumo profissional - que se confirmou o mais sensato e compensador - e à minha mãe, a minha heroína de todas as horas.

*“Ó tempo, conta o segredo e devolve o meu Anjo oculto!”*¹ torna-se na homenagem perfeita a quem sempre orientou o meu caminho para partir rumo à maravilha.

Àqueles que fizeram da faculdade um constante percorrer dos Caminhos de Portugal, apesar de todas as dificuldades e alegrias, tornando-os mais fáceis para atingir a plenitude académica e pessoal.

Devo ainda agradecer a todos aqueles, que de uma forma ou de outra, me apoiaram em todas as fases difíceis da minha vida académica e pessoal e que me deram um sorriso para conseguir ultrapassar as dificuldades com a segurança necessária.

Um especial agradecimento ao Nuno Paixão e ao Ricardo Dias pelo inevitável auxílio na revisão e apoio na hora final da tão esperada entrega da dissertação.

Finalmente, ao Professor Doutor José Neves Cruz pela paciência e dedicação que sempre me prestou nas minhas dúvidas e ausências, sem o qual esta dissertação não poderia ter colhido os frutos necessários. É inegável o seu espírito crítico e disponibilidade para com os alunos, tendo-se tornado a escolha óbvia e acertada para a orientação da dissertação.

¹ Anjo Oculto, Pedro Lima | GF FFUP, 2013.

INDÍCE:

Abreviaturas-----	3
Resumo-----	4
1. Introdução-----	5
2. Direito da Concorrência-----	6
2.1. Contextualização histórica-----	6
2.2. Direito da Concorrência da União Europeia-----	9
2.2.1. Concetualização europeia-----	9
2.2.2. Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia-----	12
2.2.3. Processo de modernização – O Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002-----	15
2.3. Direito Nacional da Concorrência-----	20
3. Relação entre o Direito da Concorrência da União Europeia e o Direito Nacional da Concorrência-----	22
3.1. Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia pela AdC e pelos tribunais nacionais-----	25
3.2. Rede Europeia da Concorrência-----	27
3.3. Aplicação simultânea do Direito da Concorrência da União Europeia e do Direito Nacional da Concorrência-----	28
3.4. O caso Português – análise jurisprudencial-----	30
4. Melhorias conseguidas com a revogação da Lei 18/2003 e a entrada em vigor da Lei 19/2012-----	32
4.1. Evolução da LdC para o NRJC – melhorias conseguidas-----	33
4.1.1. Alterações de Direito Substantivo-----	34
4.1.2. Alterações processuais-----	39
4.1.3. Introdução de novos preceitos-----	45
5. Problemas e incompatibilidades-----	49
6. Conclusão-----	58
Bibliografia-----	61

ABREVIATURAS:

- Ac. – Acórdão
- AdC – Autoridade da Concorrência
- Al. – alínea
- ANC – Autoridades Nacionais da Concorrência
- Art. – artigo
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- Cfr. – Confrontar
- Comunicação Comissão e tribunais nacionais – Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais dos Estados-membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), de 27/4/2004.
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- EAdC – Estatutos da Autoridade da Concorrência – Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto
- LdC – Lei da Concorrência – Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho
- Livro Branco – Livro Branco sobre a modernização das regras da aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, programa da Comissão 99/027 (1999/C 132/01).
- N.º - número
- NRJC – Novo Regime Jurídico da Concorrência – Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio
- Pág. – página
- Proc. – processo
- REC – Rede Europeia da Concorrência
- Reg. 1/2003 – Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002
- Reg. 17/1962 – Regulamento (CEE) n.º 17/1962 do Conselho, de 21 de Fevereiro de 1962
- TCE – Tratado da Comunidade Europeia
- TCL – Tribunal de Comércio de Lisboa
- TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
- TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- TUE – Tratado da União Europeia
- UE – União Europeia

RESUMO:

O Direito da Concorrência de articulação comunitária implica contantes relações de cooperação com as autoridades nacionais e europeias. Para o efeito, foram utilizados vários meios para estreitar estas relações e procurar reduzir os eventuais conflitos de jurisdição. Os ordenamentos jusconcorrenciais nacionais dos Estados-membros continuam a ser independentes na aplicação das normas de Direito da Concorrência, desde que não sejam contrárias às práticas europeias e é nesse sentido que se coloca a questão da aplicação simultânea do Direito da Concorrência.

O Direito Nacional da Concorrência é ainda bastante embrionário, tendo sido muito influenciado pela prática europeia. Assim, foi promovido um processo de harmonização e adaptação da legislação nacional com o objetivo de corrigir problemas e incompatibilidades e dotar as autoridades competentes com mais e melhores poderes para uma efetiva promoção da defesa da concorrência.

ABSTRACT:

The Competition Law with European Union articulation implies constant relations of cooperation between national and European authorities. For this effect, various means were utilized to strengthen relations and to aim to reduce the jurisdictional conflicts that can eventually arise. The national legal systems of member states continue to be independent in their own competitive law enforcement, as long as these national statutory regulations are not contrary to the European practices and policies and it is in this sense that we question the simultaneous usage of the competition law.

The National Competition Law is still in an embryonic state, having been heavily influenced by the European practices and policies. Therefore it has been promoted a process of harmonization and adaptation of the national legislations with the purpose of correcting problems and incompatibilities, and to provide the competent authorities with more and better power for an effective promotion of the competition defence.

1. INTRODUÇÃO

A defesa do Direito da Concorrência é inata ao desenvolvimento de uma economia de mercado, obtendo dos Estados a sua eficaz promoção. Mas o constante desenvolvimento económico não obtém correspondência nos meios jurisdicionais de proteção da concorrência. A economia de mercado impõe que os Estados produzam meios sustentáveis para o desenvolvimento da economia, sendo a concorrência transversal a estes.

Os Estados devem comungar de um princípio de proteção dos seus interesses económicos para o desenvolvimento sustentado do mercado interno, pelo que irão procurar adequar os seus ordenamentos jurídicos num sentido de adaptação à sua realidade socioeconómica. Mas a liberdade de acesso ao mercado por todos os intervenientes na economia internacional irá comportar conflitos entre estes ordenamentos, pois será inevitável que sejam infringidas normas jusconcorrenciais dos vários ordenamentos jurídicos em que estão inseridos.

Focando-nos no “*velho continente*”, a introdução de um sistema promotor da economia europeia, com a criação da União Europeia (adiante UE), leva à inevitável existência de conflitos entre os ordenamentos jurídicos que a compõem, sendo fundamental existir um processo de adaptabilidade destes à realidade socioeconómica europeia.

No segundo capítulo, após esta introdução procuramos compreender o desenvolvimento da concorrência a nível internacional. Ainda nesse capítulo empreendemos a adaptação à realidade europeia, influência determinante do Direito Nacional da Concorrência, nomeadamente com o desenvolvimento introduzido pelos Regulamento (CEE) n.º 17/1962 do Conselho, de 21 de Fevereiro de 1962 (adiante Reg. 17/1962) e Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 (adiante Reg. 1/2003), com as diretrizes basilares da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia para todo o território europeu. No final do capítulo descrevemos brevemente como se introduziu e desenvolveu o Direito da Concorrência em Portugal.

Reunidas as condições para compreender a existência do Direito da Concorrência e a forma como este se aplica na UE e em Portugal, tornou-se primordial perceber de que forma é que estes regimes, tão semelhantes mas com realidades díspares, se relacionam, nomeadamente quanto à aplicação destes por autoridades europeias e/ou nacionais. O desenvolvimento do terceiro capítulo culminou com o levantamento das questões sobre a aplicação em simultâneo destes regimes e a atuação das autoridades nacionais em casos que se observe esta situação.

No capítulo 4, procuramos verificar quais as melhorias que a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (adiante NRJC) introduziu na legislação da concorrência, em contraposição à Lei n.º

18/2003, de 11 de Junho (adiante LdC), com a inerente aproximação ao regime europeu da concorrência. Esta análise teve por base as principais inovações e tentou-se sustentar, sempre que possível, com recurso à prática decisória das autoridades competentes. No entanto, o Direito Nacional da Concorrência ainda possui uma série de problemas e incompatibilidades com o sistema jurídico nacional e com as normas europeias, pelo que no capítulo 5 tentamos identificar algumas destas situações e apresentar propostas para a melhor adequação à realidade nacional.

Sem abdicar da independência na defesa da concorrência nacional, é necessário dotar o ordenamento jurídico nacional de competências harmonizadas com as práticas europeias para a eficaz aplicação do Direito da Concorrência, evitando a existência de conflitos de jurisdição. A aplicação simultânea do Direito Nacional da Concorrência e do Direito da Concorrência da União Europeia é uma inevitável realidade para o qual o ordenamento jurídico se terá de adaptar e eliminar quaisquer problemas ou incompatibilidades que possam existir, promovendo um processo de adequação e adaptação da legislação nacional às práticas europeias.

2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O Direito da Concorrência é um ramo do Direito com origem nas primeiras leis *antitrust* norte-americanas, nomeadamente no *Sherman Act*². Nascido no final do século XIX, da procura de responder à necessidade criada pela revolução industrial e com o rápido crescimento das indústrias americanas, procurou regular a criação de um monopólio do mercado por determinadas empresas. Essencialmente, a concorrência tornou-se numa forma de dirigir o mercado³, de tal modo que implementou relações entre os vários agentes económicos determinantes para o sistema de economia de mercado⁴. É aqui que entra o Direito da Concorrência como sendo o principal paladino da defesa da economia de mercado.

O *Sherman Act* teve como princípio base a política de concorrência perfeita⁵, onde o

² O *Sherman Act* foi criado, em 1890, com o objetivo de declarar ilegais os acordos restritivos de concorrência e proibir a monopolização dos mercados e incide sobretudo na proibição de acordos horizontais (fixação de preços ou de quantidades de produção) e verticais (monopolização ou tentativa de monopolização do comércio), estando sempre presente a dificuldade na sua aplicação quer pelas autoridades de concorrência competentes, quer pelos tribunais norte-americanos. In *Entre inovação e concorrência* – SOFIA OLIVEIRA PAIS, pág. 85.

³ A teoria económica clássica define o mercado como sendo “um espaço abstracto onde se encontram a procura e a oferta agregada dos agentes económicos, cujos objectivos contraditórios se harmonizam, em cada momento, através dos preços de transacção entre eles”. In *Direito Económico* – ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, pág. 263.

⁴ A economia de mercado apresenta melhores resultados na proteção dos interesses dos agentes económicos e da sociedade em geral. In *O Regime Jurídico da Concorrência: atuações e práticas* – ANDRÉ SILVA, pág. 9.

⁵ O modelo de concorrência perfeita é entendido como a força que garante o funcionamento da economia de mercado. A concorrência perfeita pressupõe a existência de uma pluralidade de agentes, tanto no lado da oferta

poder económico se encontra disperso por vários sujeitos económicos, assegurando a liberdade de oportunidades a qualquer sujeito que pretenda intervir no mercado, assegurando o seu controlo pela “*mão invisível*”⁶. Porém, a concorrência é, segundo STIGLER, uma “*open-ended theory*”⁷. É possível compreender a evolução de pensamento relativamente ao Direito da Concorrência, sobretudo a nível económico. A inicial idealização da concorrência perfeita foi dando lugar às teorias de concorrência imperfeita, defendida por ROBINSON⁸, e às de concorrência monopolística, defendida por CHAMBERLAIN⁹.

O Direito da Concorrência, segundo STIGLER, está em constante evolução e transformação, pelo que a política de concorrência perfeita dá lugar ao conceito de concorrência eficaz ou praticável – *workable competition*¹⁰. J. M. CLARK identifica a *workable competition* como a rivalidade na venda de produtos, onde cada unidade de venda de determinado produto irá procurar o máximo rendimento líquido, em condições onde os preços impostos por cada vendedor levam à limitação da liberdade de opção do comprador de adquirir de um vendedor ou de vendedores rivais certo produto que consideram ser o mesmo, levando a que estes se ultrapassem para igualar ou exceder os atrativos de outras ofertas¹¹.

O Direito da Concorrência necessita de ser defendido, pelo que a sua proteção será

como da procura, sendo que qualquer um deles não tem capacidade para influenciar de forma determinante a formação dos preços. No entanto, este modelo clássico é caracterizado pela homogeneidade, fluidez e transparência. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 263 e 264.

⁶ A “*mão invisível*” é um conceito de Adam Smith e da sua teoria de concorrência perfeita, que surge relacionado com a descentralização do poder económico, onde irá procurar controlar a existência de monopólios e/ou cartéis, sempre de acordo com a visão protecionista da liberdade e dos direitos individuais dos sujeitos intervenientes na economia, levando a que as forças da concorrência procurassem harmonizar os interesses individuais aos interesses coletivos da sociedade. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 162 e pág. 83.

⁷ Stigler considera que apenas é possível determinar os pressupostos mínimos da concorrência quando a teoria completa do modelo de concorrência for conhecida, o que não é manifestamente o caso. Isto leva a que a teoria de concorrência perfeita introduzida por Adam Smith tenha sido alvo do constante trabalho de vários matemáticos e economistas. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 168.

⁸ Robinson contribuiu para a doutrina de concorrência imperfeita, que critica o modelo tradicional da concorrência perfeita, que ignora situações como a existência ou não de serviços prestados, as diferenças relativamente aos custos de transporte ou à qualidade dos produtos e onde alerta para as situações de descrimação de preços, situação significativa do mercado. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 172.

⁹ Para Edward Chamberlain e a doutrina de concorrência monopolista, deve aceitar-se que na maioria das situações económicas constam elementos de concorrência e de monopólio, sendo que o ponto de partida para um modelo económico assenta na teoria monopolista, que não retira os elementos concorrenciais do mercado. Num mercado influenciado pela doutrina de concorrência monopolista, a empresa terá a possibilidade de influenciar o preço do produto através da diferenciação do mesmo. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 173.

¹⁰ Este é um conceito evolutivo da concorrência perfeita, que apenas não existe, o que importa é existir uma concorrência eficaz ou praticável. Visto in SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 216. O modelo de concorrência praticável procura não atender apenas aos recursos económicos e tecnológicos vigentes, mas também os vários interesses públicos a prosseguir. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 105.

¹¹ Clark refere ainda que a concorrência praticável é a forma de concorrência mais desejável selecionada dentro daquelas que são possíveis na prática, dentro dos limites fixados pelas condições a que não podemos escapar. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 219 e pág. 106.

promovida pela repressão da concorrência ilícita¹² e da concorrência desleal¹³. Nesse sentido surgem vários sistemas de defesa do Direito da Concorrência¹⁴, que é o conjunto de leis que tem em vista a proteção do mercado contra restrições à concorrência imputáveis tanto a comportamentos isolados de sujeitos económicos, como a comportamentos coligados de grupos de empresas. Deverá ainda proteger contra o abuso de posições dominantes por parte de uma ou mais empresas influentes no mercado, levando a um controlo de operações¹⁵.

Se existiram dúvidas relativamente à eventual intervenção do Estado na economia, o Direito da Concorrência apenas veio legitimar a sua intervenção na busca pela proteção à livre concorrência de mercado. Contudo, não se trata de uma simples e banal proteção da economia de mercado, muito pelo contrário! Pois, deverá ser instigada a concetualização de uma real democracia económica, onde será também caracterizada por princípios indissociavelmente conectados: o princípio da liberdade e da igualdade¹⁶, constitucionalmente previstos. A legitimidade do Estado para intervir é conquistada pela procura do menor preço dos produtos e serviços disponibilizados pelo mercado, bem como pela constante defesa da qualidade e diversidade de opções de bens e serviços disponíveis a todos os agentes económicos. Concretamente, podemos assumir que a intervenção do Estado na economia consiste em evitar que determinadas práticas ou comportamentos possam ser considerados abusivos, criando repercussões no mercado no que se refere à liberdade de concorrência¹⁷.

Na economia internacional, cada vez mais competitiva e interdependente, as empresas devem combater a agressividade do meio em que estão inseridas, procurando, entre elas, respostas adequadas que implicam, necessariamente, o estabelecimento de laços de cooperação com outras empresas. Estas relações vão procurar explorar oportunidades, gerar sinergias ou evitar a existência de riscos excessivos. Considerando a conjuntura atual será habitual estarmos perante situações de cooperação interempresarial¹⁸.

Para MIGUEL SOUSA FERRO, Direito da Concorrência é o “*conjunto de normas que*

¹² A concorrência ilícita refere-se às regras de direito penal ou contraordenacional, para impedir ou reprimir formas de concorrência particularmente intoleráveis. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 305.

¹³ Por concorrência desleal entende-se a prevenção de casos em que o comportamento dos sujeitos económicos ofenda as regras usuais de moralidade e lealdade da concorrência. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 305. Este é um dos pontos em que a jurisprudência nacional mais se tem debruçado, de forma a definir e a combater situações de concorrência desleal entre os vários sujeitos económicos.

¹⁴ Comumente denominada legislação antitrust, influencia norte-americana do Direito da Concorrência.

¹⁵ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 307.

¹⁶ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 12.

¹⁷ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 16. No mesmo sentido in Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial, MIGUEL MOURA E SILVA, pág. 15.

¹⁸ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 336.

*regula a atividade económica das empresas nos mercados, proibindo e sancionando práticas coletivas e unilaterais prejudiciais para o bem-estar social, bem como a própria alteração da estrutura concorrencial que, previsivelmente, conduza ao mesmo resultado, e ainda determinados tipos de intervenções do Estado distorcivas da concorrência”*¹⁹. A livre concorrência é um meio de estimular os agentes económicos a aperfeiçoarem-se e a desenvolverem os seus métodos de produção, para inovarem e desenvolverem os produtos e serviços por si eventualmente comercializados²⁰. Apesar da estimulação da economia junto dos intervenientes económicos, a livre concorrência procura permitir uma maior proteção aos consumidores, os principais beneficiados por uma eficaz defesa da concorrência.

2.2 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

2.2.1 CONCEPTUALIZAÇÃO EUROPEIA

No Tratado da criação da Comunidade Económica Europeia (adiante CEE)²¹, os Estados-membros identificaram a concorrência como uma das importantes vertentes a ser protegida e abrangida pela sua alçada²². Neste sentido identifica MIGUEL GORJÃO HENRIQUES que a liberdade de concorrência e do mercado é o “*pilar da construção europeia*” além de se tornar numa “*condição mesma de toda a política económica da União*”²³, pois de que forma os Estados-membros podem ambicionar abrir as suas fronteiras, com o objetivo de permitir a livre circulação de bens e pessoas, se não procuram proteger as relações económicas entre os comerciantes e consumidores dos vários Estados-membros. No fundo o Direito da Concorrência é “*the first supranational policy of the Union*”²⁴.

A defesa da concorrência viu a sua consagração a ter lugar no artigo 3.º, n.º 1, al. b) do Tratado da Comunidade Europeia (adiante TCE)²⁵, tendo tornado esta como um instrumento

¹⁹ In A definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, MIGUEL SOUSA FERRO, pág. 19. Ver outras definições em nota de rodapé do mesmo autor.

²⁰ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 15 e 16.

²¹ Tratado de Roma, assinado a 25 de Março de 1957, em Roma, pela Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, que criou a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (Euratom).

²² Com o Tratado de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007, surge o Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência que refere o seguinte: “*As altas partes contratantes, tendo em conta que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada, acordaram em que, para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos Tratados, incluindo do artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.

²³ In Da restrição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição – MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, pág. 111.

²⁴ In A aplicação descentralizada das normas comunitárias da concorrência – ANTÓNIO GOUCHA SOARES, pág. 177.

²⁵ Diz-nos o artigo 3.º, n.º 1, al. b) do TCE que “*para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado uma política*

para a criação de um mercado comum²⁶. Desta forma, podemos verificar que o Direito da Concorrência foi uma das primeiras matérias a merecer o devido destaque dado pelo legislador europeu²⁷. A consagração do Direito da Concorrência como um dos princípios a seguir pela UE e tornou-o fundamental para a construção de uma cultura económica europeia, passando a deter os meios necessários para garantir a igualdade de direitos quer dos cidadãos, quer dos Estados-membros. No próprio TCE e, posteriormente, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante TFUE), é possível verificar a concretização das regras atinentes à obtenção da livre concorrência, pois “*deverá a UE promover pela existência de um regime que garanta a concorrência não falseada no mercado interno, bem como do reforço da capacidade concorrencial da indústria da comunidade*” (cfr. art. 3.º, n.º 1, al. g) e m) do TCE)²⁸.

Aos princípios já defendidos, foi ainda introduzido o princípio de uma “*economia de mercado aberta e de livre concorrência*” como objetivo primordial do mercado comum e da União Económica e Monetária²⁹. A liberdade de concorrência torna-se na consequência inerente às liberdades económicas permitidas pela UE, especialmente quanto à liberdade de empresa, sendo a principal impulsionadora de todas as restantes liberdades impostas e permitidas pela UE³⁰, levando à efetiva implementação de um verdadeiro sistema de mercado³¹. Isto apenas demonstra a importância que a UE concedeu à concorrência, pois além de uma liberdade económica, é também uma política da própria UE³².

No mercado europeu é defendida uma concorrência não falseada³³, princípio que não se identifica com a simples promoção de um liberalismo económico, mas antes com uma série de políticas conexas com a defesa da concorrência³⁴, em consonância com o conceito da *workable*

comercial comum”. Com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia passa a constar no artigo 3.º, n.º 1, al. e) do TFUE que a “*União dispõe de competência exclusiva nos domínios da política comercial comum*”.

²⁶ O artigo 3.º, n.º 3 do TUE clarifica que a “*UE estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico*”. Deverá ser analisado com o protocolo relativo ao mercado interno e à concorrência.

²⁷ In O Regulamento 1/2003 – As relações entre a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais - PAULO JORGE GOMES, pág. 9.

²⁸ Na transposição para o TFUE, consta no artigo 3.º, n.º 1, al. b) do TFUE que uma das competências exclusivas da UE será “*o estabelecimento das regras de competência necessárias ao funcionamento do mercado interno*”.

²⁹ Tais princípios estão presentes nos artigos 119.º, n.º 1 e 2, 120.º e 127.º do TFUE. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 93.

³⁰ Sobretudo a liberdade de circulação de mercadorias, de trabalhadores assalariados, de estabelecimento, de prestação de serviços de capitais e pagamentos.

³¹ No entanto, se a concorrência for entregue exclusivamente a si própria, estaria destinada ao fracasso, em virtude de ser um mecanismo frágil. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 102.

³² Tal afirmação justifica-se com a própria localização da matéria atinente à concorrência no TFUE.

³³ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 61.

³⁴ In *Traité de Droit Européen de la Concorrence*, tomo I, Richard Blasseille, pág. 17, visto em PAULO JORGE

*competition*³⁵. Na UE a política da concorrência conheceu outras finalidades além da económica, nomeadamente as políticas e sociais³⁶. Inicialmente, foi objetivo da UE que os seus princípios basilares fossem essencialmente económicos, tendo este propósito motivado a sua criação. Mas foram sendo colocadas cada vez mais questões de foro político e social que a UE teve necessidade de responder, alheando-se aos poucos à exclusividade da defesa da concorrência económica. Assim, podemos verificar que a instrumentalização da defesa da concorrência é vista como um objetivo essencial da UE, tendo-se tornado numa ferramenta de concretização da organização socioeconómica que o poder político comunitário decidiu instituir³⁷.

Quanto à aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia este teve a primeira normatização com o Tratado de Roma, concretamente nos artigos 85.º e 86.º do TCE. Porém, estas disposições não foram suficientes para concretizar a implementação do Direito da Concorrência da União Europeia, tendo levado à criação do Reg. 17/1962. Este regulamento, em consonância com os artigos 85.º e 86.º do TCE, vai atribuir à Comissão Europeia (adiante Comissão) poderes alargados para a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia³⁸. Devemos considerar que os objetivos económicos prosseguidos se centralizam sobretudo a nível da proteção dos consumidores e na eficiência económica. Isto levou ao desenvolvimento de muitas legislações europeias, nomeadamente com os Reg. 17/1962 e Reg. 1/2003.

Verificamos que uma das principais prioridades do Direito da Concorrência, a nível europeu, deverá ser a defesa dos consumidores³⁹. De outra forma não seria possível à UE instituir uma concorrência livre e leal, permitindo que as práticas empresariais aplicadas nas relações entre os mercados dos vários Estados-membros sejam socialmente aceites⁴⁰. Uma vez que o Direito da Concorrência considera a empresa como uma unidade económica⁴¹, é natural

GOMES, obra citada, pág. 10.

³⁵ O TJUE procurou afastar-se do conceito de concorrência falseada, tendo-se aproximado antes do conceito de *workable competition*, de acordo com o Ac. Metro de 25/10/1977. Neste acórdão o TJUE declara que a concorrência não falseada constante nos Tratados europeus “*implica a existência no mercado de uma concorrência praticável, ou seja, a dose da concorrência necessária para que (fossem) respeitada as exigências fundamentais e atingidos os objetivos do Tratado, e em particular a formação do mercado comum único, realizando condições análogas às de um mercado interno*”. Este conceito exposto pelo TJUE vem de encontro ao conceito já explanado *supra* por J.M. Clark. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, nota de rodapé 102.

³⁶ Esta é uma posição que foi influenciada pelas escolas de Harvard e de Chicago, a nível norte-americano, e pela Nova Economia Industrial e pela escola Austríaca, a nível europeu. In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 62.

³⁷ Este é um ponto claramente assumido pela *praxis* do TJUE e da Comissão Europeia, nomeadamente o Ac. Metro de 25/10/1977 e Ac. Hugin/Comissão de 31/5/1979, in SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 63.

³⁸ In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, obra citada, pág. 119.

³⁹ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 195.

⁴⁰ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 196.

⁴¹ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 204. No artigo 101.º do TFUE é proibido qualquer tipo de colusão entre empresas. Apesar de nunca ter sido definido pelos Tratados, o TJUE tem promovido pela criação de linhas

que a UE tenha procurado institucionalizar a defesa da concorrência no âmbito dos seus Tratados. Será ainda de reconhecer que o Direito da Concorrência da União Europeia assenta em dois pilares normativos: por um lado é dirigido maioritariamente aos operadores económicos, às empresas privadas ou públicas; por outro lado procura visar a ação dos Estados-membros, sobretudo quanto aos auxílios de Estado⁴².

É inegável o papel do Direito da Concorrência no seio europeu, mas não é suficiente apurar a atuação teórica da mesma na aplicação pelos Tratados. A aplicação das regras da concorrência quer pelas instituições europeias, quer pelas instituições nacionais de aplicação do Direito da Concorrência demonstram-se essenciais para a sua concretização.

2.2.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

A aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia é uma partilha *mitigada* de competências quer a nível comunitário como a nível nacional⁴³, daí que será aplicado tanto pela Comissão como pelos Estados-membros. O Reg. 17/1962 foi o primeiro ato normativo proveniente da UE referente à execução do atual artigo 101.º do TFUE, tendo como objetivo “*proceder à aplicação equilibrada dos artigos 85.º e 86.º de maneira uniforme nos Estados-membros tendo em conta a necessidade, por um lado, de assegurar uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o quanto possível o controlo administrativo*”⁴⁴.

O artigo 101.º do TFUE foi criado com o intuito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, mas a jurisprudência veio em sentido preventivo determinar que também será necessário apurar se o acordo tem por mero efeito restringir a concorrência⁴⁵.

interpretativas relativamente ao conceito de empresa. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 328. O TJUE apresenta uma noção muito ampla de empresa, em que qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento. Neste sentido, o Ac. Höfner/Macroton, de 23/4/1991, esclarece que o “*importante é perceber se a mesma entidade poderá ser considerada empresa quando exerce uma atividade e não sê-lo no exercício de outra*”. In a Reforma da política europeia de concorrência associada ao grande alargamento a oriente – o caso do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e suas implicações no programa de ajustamento português - ANA PEIXOTO, pág. 18. Empresa é a entidade cuja atividade passe pelo fornecimento de bens ou serviços, que comporte riscos económico-financeiros e tenha o potencial de gerir lucros. O conceito de empresa é fundamental para perceber de que forma o Direito da Concorrência se desenvolve e se aplica na UE. Apesar do Direito da Concorrência da União Europeia não apresentar a definição de empresa, o NRJC veio implementar essa noção, no artigo 3º do NRJC, apesar de não ser novidade, já que na LdC tal noção de empresa foi introduzida, obtendo então a sua continuidade.

⁴² In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 310 e ss.

⁴³ In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, obra citada, pág. 118.

⁴⁴ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 10. Deve ser visto na íntegra os considerandos 1 e 2 do Reg. 17/1962 e será ainda de ter em consideração o Livro Banco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, Programa da Comissão n.º 99/027, para. 11-18.

⁴⁵ In ANA PEIXOTO, obra citada, pág. 21. Alguns exemplos do proferido pelo TJUE neste sentido estão presentes

Esta necessidade levou a que a Comissão viesse emitir uma série de orientações sobre de que forma deveria ser aplicado o Direito da Concorrência da União Europeia em situações de restrição da concorrência⁴⁶. Assim, o número 1 do artigo 101.º do TFUE não teria a capacidade suficiente para decidir sobre situações em que estivesse em causa a afetação sensível da concorrência, estando tal garantia estabelecida pelo artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, para o qual a Comissão teria, com o Reg. 17/1962, competência exclusiva para aplicar⁴⁷.

O artigo 101.º, n.º 1 do TFUE estabelece como princípio basilar a proibição global dos acordos entre empresas, das decisões de associações de empresas e das práticas concertadas sempre que estejam perante situações suscetíveis de implicar modificações ao regular funcionamento da concorrência. O TFUE enumera, a título meramente exemplificativo, vários tipos de contratos ou práticas concertadas que trata como coligações restritivas da concorrência. A sanção para as situações em que se verificam as práticas restritivas será óbvia, implicando a sua nulidade (artigo 101.º, n.º 2 do TFUE), sem prejuízo de serem aplicadas sanções adicionais. Porém, apesar do TFUE determinar quais as práticas restritivas sujeitas a sancionamento pela Comissão, também estabelece um princípio de exceção, que servirá como corolário para a política de concorrência na UE. Assim, no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE se abre a possibilidade de que, desde que preenchidos determinados pressupostos, seja permitido que certos acordos sujeitos ao princípio de proibição beneficiem de um regime de isenções em virtude dos seus efeitos positivos para outras áreas, deixando de ser aplicável o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE⁴⁸.

A principal característica do Reg. 17/1962 era o sistema de notificação prévia que permitia à Comissão emitir pareceres negativos (ausência de motivos para intervir) ou positivos (aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TJUE), onde os acordos apenas poderiam beneficiar da declaração de inaplicabilidade após terem notificado a Comissão. Caso a notificação não fosse efetuada, não seria possível à Comissão aplicar qualquer exceção individual. Apenas após a notificação à Comissão e respetiva decisão por esta entidade é que o acordo poderia produzir

nos Ac. LTM/MBU, de 30/6/1966, Ac. Wouters, de 19/2/2002 e Ac. Métropole, 18/9/2011.

⁴⁶ A título exemplificativo ver a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) (2001/C 368/07), de 22/12/2001 e a Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), de 27/4/2004.

⁴⁷ Será neste âmbito que se vai aplicar a Comunicação sobre os *de minimis*, normalmente associados às pequenas e médias empresas, que apesar de não possuírem volume de negócio suscetível de restringir substancialmente a concorrência entre empresas, serão capazes de influenciar determinantemente as relações económicas entre os sujeitos económicos presentes. In Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), de 27/4/2004, parágrafos 1 a 6.

⁴⁸ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 327 e 328.

efeitos⁴⁹. Este sistema provocou para a Comissão uma enorme carga de notificações, levando a que as decisões demorassem a ser proferidas, situação que se tornava insustentável para a célere resolução das questões concorrenciais. No entanto, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES expressa que *“uma posição centralizada e rígida não é correta”*⁵⁰. Este modelo adotado pelo Reg. 17/1962 é centralizante, extensivo e apriorístico do que seja uma restrição da concorrência⁵¹. Para se aplicar o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE tem que se verificar uma situação de coligação entre empresas; que provoque afetação do comércio entre os Estados-membros e a existência de objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência⁵².

Com o Reg. 17/1962, as proibições instituídas pelo artigo 101.º, n.º 1 do TJUE eram imediatamente aplicáveis sem a necessidade de qualquer decisão prévia. À Comissão cabia a exclusividade⁵³ na declaração de inaplicabilidade das proibições, sendo este artigo uma regra de exclusão, ao permitir a existência de acordos ou práticas concertadas que possam contribuir para a melhoria da produção ou a distribuição de produtos ou para promover o progresso técnico ou económico. Mas este regulamento procurou ainda promover uma aplicação equilibrada das disposições europeias por parte dos Estados-membros, em que, apesar da exclusividade de aplicação da Comissão do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, era permitido às Autoridades Nacionais da Concorrência (adiante ANC) aplicarem estas disposições (cfr. art. 9.º, n.º 3 do Reg. 17/1962).

O Reg. 17/1962 instituiu uma série de regras que permitiam que a Comissão, em estreita relação com as autoridades competentes dos Estados-membros, aplicasse de forma uniforme no mercado comum o disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Nesta postura da Comissão está implícito o dever de cooperação exigido às ANC e/ou aos tribunais nacionais dos Estados-membros, devendo fornecer informações e proceder às averiguações necessárias para detetar as infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. As ANC apenas tinham um dever de colaboração com a Comissão, devendo proporcionar à Comissão os elementos necessários para a correta instrução do processo de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (cfr. art. 10.º do Reg. 17/1962). Apesar de se permitir às ANC a aplicação destas normas, não lhes será concedida a possibilidade de obter da Comissão colaboração para resolução das infrações do Direito da

⁴⁹ A mudança de sistema, que permitia a atribuição de exceções legais pelas autoridades, permite às empresas a possibilidade de terem práticas que colidem com a defesa da concorrência.

⁵⁰ In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, obra citada, pág. 141.

⁵¹ Ora, perante tal sistema centralizador, naturalmente que foram afetados os tribunais europeus e as jurisdições nacionais, devendo esta contaminação ser tida em consideração.

⁵² In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, obra citada, pág. 143.

⁵³ Artigo 9.º, n.º 1 do Reg. 17/1962: *“Sem prejuízo do controlo da decisão pelo Tribunal de Justiça, a Comissão tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto no n.º 1 do artigo 85.º, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado”*.

Concorrência no ordenamento jurídico nacional. A ligação existente é de um sentido único, em que a Comissão pode fazer exigências às ANC, mas que a relação contrária nunca se poderia verificar⁵⁴. Era favorecida uma centralização do controlo destas operações pela Comissão, tendo como expoente máximo a exclusividade na aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

2.2.3 O PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO – O REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 DO CONSELHO, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2002

A modernização desencadeada pelo Reg. 1/2003 não foi instantânea, tendo sido iniciada com o Livro Branco de 1999⁵⁵ (adiante Livro Branco), onde começaram a ser discutidas as propostas de alteração ao sistema europeu e que serviu de preparação da Comissão e dos Estados-membros para a implementação do sistema de exceção legal introduzido pelo Reg. 1/2003⁵⁶. O Livro Branco pretendia introduzir a descentralização da aplicação do Direito da Concorrência, atribuindo competências de aplicação às ANC dos Estados-membros e que levaria à preservação de uma política de concorrência coerente na UE. Isto levaria a uma redução da carga administrativa que decorria para as empresas e permitia-lhes uma maior segurança jurídica na aplicação do Direito da Concorrência, vindo a concretizar-se com o Reg. 1/2003⁵⁷. Este regulamento rompeu com o Reg. 17/1962 na conceção da política europeia da concorrência e da relação entre os seus intervenientes⁵⁸. Porém, potenciou não apenas um processo de “modernização” mas uma verdadeira revolução no Direito da Concorrência⁵⁹.

A introdução do Reg. 1/2003⁶⁰ estabeleceu vários pilares fundamentais para a criação de um sistema uniforme e coerente do Direito da Concorrência da União Europeia. O objetivo passou pela implementação de uma política de concorrência comum a todos os Estados-membros, sendo que apesar das regras de Direito da Concorrência passarem a ser idênticas e igualmente rigorosas em todo o espaço europeu, permitiu que estes pudessem implementar

⁵⁴ No sentido do que foi afirmado, o artigo 13.º do Reg. 17/1962 é um exemplo claro desta relação hierárquica existente entre a Comissão Europeia e as ANC.

⁵⁵ Livro Branco sobre a modernização das regras da aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, programa da Comissão 99/027 (1999/C 132/01).

⁵⁶ *In* Empresas Comuns Joint Ventures – no Direito da Concorrência da União Europeia - LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, pág. 554.

⁵⁷ *In* A descentralização de competências comunitárias sobre práticas da concorrência: as novas competências da Autoridade - ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 3.

⁵⁸ *In* PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 11.

⁵⁹ *In* PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 3. Refere CRUZ VILAÇA, *in* O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada, Revista do CEJ, n.º 1, 2004, pág. 37-51, que o Reg. 1/2003 introduziu uma “revolução copernicana” no sistema de controlo da defesa da concorrência.

⁶⁰ O Reg. 1/2003 apenas entrou em vigor em 1 de Maio de 2004.

regras ainda mais restritivas no Direito Nacional da Concorrência⁶¹. Logo, isto provocou na UE uma maior harmonização tanto das regras do Direito da Concorrência como da adoção de políticas comuns, que permitiram a criação e funcionamento de um verdadeiro mercado interno na UE⁶², promovendo um impulso de adequação do direito interno dos ordenamentos jurídicos europeus ao Direito da Concorrência da União Europeia.

Para perceber os princípios fundamentais do Reg. 1/2003 é necessário articulá-lo com os artigos 101.º e 102.º do TFUE, pelo que ao analisar o artigo 101.º do TFUE é imperativo perceber o conceito de afetação do comércio entre os Estados-membros e de restrição da concorrência. Na afetação do comércio entre os Estados-membros⁶³, este deve abranger todo o tipo de atividades transfronteiriças e acordos que coloquem em causa a estrutura concorrencial da UE. Na suscetibilidade de afetação será necessário preencher algumas condições adicionais, nomeadamente a existência de um grau de probabilidade suficiente de afetação (com base em situações de direito ou de facto), a influência na estrutura do comércio entre os Estados-membros e a influência direta ou indireta, efetiva ou potencial na estrutura de mercado. Resulta da natureza dos artigos 101.º e 102.º do TFUE a análise de determinado acordo ou prática restritiva afetar de forma sensível o comércio entre Estados-membros, já que estes devem ser capazes de identificarem as coligações suscetíveis de afetar de forma sensível o comércio intracomunitário. Estas situações poderão pôr em causa os objetivos traçados pela UE⁶⁴, sendo necessário proceder a uma avaliação das coligações em função das condições específicas de caso a caso⁶⁵. Nestes casos, compete à Comissão a decisão sobre eventuais acordos ou práticas restritivas, sendo que nos restantes casos a competência recai sobre as ANC⁶⁶. Quanto à

⁶¹ Ver considerando 8 e artigo 3.º, n.º 2, *in fine* do Reg. 1/2003. No Direito Nacional da Concorrência, o artigo 12.º do NRJC é exemplo da adoção de regras mais restritivas em comparação ao que é determinado na UE.

⁶² In ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 1.

⁶³ Para o Ac. LTM/MBU, de 30/6/1966, “*o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de fato, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros*”.

⁶⁴ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 21 e 22 e Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência - MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES (2014), nota de rodapé 1813, pág. 603.

⁶⁵ As pequenas e médias empresas normalmente não são afetadas, pois raramente são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, conforme consta na comunicação da Comissão *de minimis*.

⁶⁶ As coligações e os abusos de posição dominante que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros serão sujeitos à aplicação do Direito Nacional da Concorrência (*regra de conflitos*). Nos casos em que esteja presente a questão de saber se a suscetibilidade de afetação servirá para ilucidação por parte das autoridades comunitárias, que possuem amplos poderes de apreciação (*norma de orientação*). In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 323. No entanto, não é exigível que a afetação de mercado já se tenha verificado, bastando que esta seja suscetível de ocorrer, nas palavras de ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “*algo mais do que uma mera hipótese, algo menos do que uma realidade*”. O TJUE determina, no âmbito do Ac. Brasserie de Haecht, de 12/12/1967, que “*para preencher esta condição, o acordo de que se trata, deve, na base de um conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, permitir encarar com um grau de probabilidade suficiente que ele possa exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial sobre os fluxos de trocas entre os Estados-*

restrição da concorrência, o conceito deverá ser interpretado recorrendo à ponderação económica, onde devem ser considerados os efeitos pró e anti concorrenciais de certo acordo⁶⁷. A jurisprudência europeia foi recetiva a esta abordagem, levando a que os acordos não fossem proibidos automaticamente, uma vez que nenhum acordo, na teoria⁶⁸, estará excluído de *per se* do benefício da exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE⁶⁹.

A aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE⁷⁰ com o Reg. 1/2003 quebrou com o paradigma da exclusividade de aplicação pela Comissão, descentralizando estas competências também pelas ANC, levando à criação de um sistema de competências paralelas⁷¹. Este artigo implica o uso de isenções e exceções individuais ou por categoria, que serão a base para perceber a filosofia da concorrência como meio e para entender a visão pragmática da política de concorrência⁷². Se para o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE é suficiente que qualquer coligação que restrinja a concorrência para ser proibida, no número 3 a proibição poderia ser ultrapassada se as coligações preenchessem os seus pressupostos, sendo consideradas válidas e aplicáveis⁷³.

membros”. Isto irá permitir contribuir para a compartimentação do mercado e para tornar mais difícil a interpenetração económica defendida pelo TFUE. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 323.

⁶⁷ O conceito da ponderação económica, o *rule of reason*, tem origem norte-americana. Na sua integração na UE, o TJCE determinou, através do Ac. LTM/MBU, de 30/6/1966, que para avaliar se um acordo interfere ou não com a concorrência comunitária é necessário considerar os seus objetivos, de forma precisa e no “*contexto económico atual em que vai ser aplicado*”. Contudo, no Ac. Météropole, de 18/9/2001, afastou-se a existência de uma regra de ponderação económica, alegando que o TJCE “*tiveram o cuidado de indicar o caráter duvidoso da existência de uma «rule of reason» em direito comunitário da concorrência*”. O Ac. Wouters, de 19/2/2002, introduziu uma regra de ponderação de estilo europeu, distinta da que se aplica no sistema normativo norte-americano. Os Tratados não aplicam uma postura exclusivamente económica, permitindo antes que a Comissão fizesse juízos sobre se a eventual infração das regras da concorrência viessem colocar em causa outras situações que estão previstas nos próprios Tratados. Neste sentido, o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, demonstra de que forma os acordos violadores de normas concorrenciais podem ser permitidos. In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 23 e ss.

⁶⁸ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 23.

⁶⁹ Ac. Matra Hachette, de 15/7/1994.

⁷⁰ Esta é uma norma unitária, por ser composta por uma regra que estabelece o princípio da proibição e por uma exceção para moderar a aplicação desse mesmo princípio. In ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 4.

⁷¹ In LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, obra citada, pág. 554. Tal expressão é utilizada também no considerando 15 do Livro Branco em que refere que: “*neste sistema de competências paralelas entre a Comissão, as autoridades nacionais e os tribunais nacionais, será necessário manter determinadas medidas que permitam que a Comissão garanta uma aplicação coerente das regras em toda a Comunidade. Em especial, propõe-se que a Comissão mantenha poderes para retirar um processo da jurisdição das autoridades nacionais da concorrência e instruí-lo ela própria, caso exista um risco de políticas divergentes. Deverá também existir, para os tribunais nacionais, uma obrigação inequívoca no sentido de evitar conflitos com as decisões da Comissão*”.

⁷² In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 336. No Reg. 17/1962 as coligações suscetíveis de preencher os preceitos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE poderiam usufruir das isenções do seu n.º 3, podendo beneficiar um acordo em particular (exceções individuais) ou beneficiar um grupo ou categoria (exceções por categoria). Permaneceu no Reg. 17/1962, pois o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE poderia ser aplicado em casos individuais ou a categorias de acordos e práticas concertadas, mediante regulamentos de isenção por categoria (comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-membros da União Europeia na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04)) não tendo perdido a sua validade.

⁷³ Também é exigida a realização de uma análise económica (balanço económico) para a atribuição de uma isenção, além da ponderação dos interesses gerais e particulares presentes, tendo sempre por base os objetivos da política da concorrência. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 338.

Com o Reg. 1/2003 passamos do sistema de notificação prévia para o sistema de exceção legal⁷⁴. Deixa de ser necessária a notificação da Comissão para que os acordos celebrados entre empresas obtenham a decisão de isenção por parte desta⁷⁵. Assim, passam a ser os sujeitos económicos⁷⁶ a avaliar se as suas condutas serão ou não suscetíveis de aplicar a exceção do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, não existindo obrigação de notificação da Comissão⁷⁷. Presume-se que qualquer acordo, associação de empresas ou práticas concertadas não restringem a concorrência desde que a Comissão ou as ANC não provem o contrário, sendo imediatamente eficaz⁷⁸. Existe ainda a possibilidade de as empresas apresentarem que os benefícios dos acordos serão superiores aos custos da restrição da concorrência. A Comissão passa de um controlo *a priori*, para um controlo *a posteriori*, levando a responsabilidade da avaliação concorrencial dos acordos para as próprias empresas (cfr. art. 2.º do Reg. 1/2003)⁷⁹.

Esta é apenas uma possibilidade aparente, pois as ANC estão impedidas de atribuírem quaisquer decisões positivas (cfr. art. 16.º do Reg. 1/2003). Apesar de PAULO JORGE GOMES não ver qualquer tipo de inconveniente de as ANC adotarem decisões positivas⁸⁰, outros consideram que isto se iria traduzir numa “*nacionalização*” das regras europeias da concorrência⁸¹. A Comissão chama a si a responsabilidade de decidir questões que possam colocar em causa as principais bases do Direito da Concorrência da União Europeia (cfr. art. 11.º, n.º 6 do Reg. 1/2003)⁸². No entanto, as decisões das autoridades nacionais não produzem qualquer vinculação para a Comissão, nem para as outras ANC (cfr. art. 13.º, n.º 2 do Reg.

⁷⁴ Ambos os sistemas adotados eram influenciados por ordenamentos jurídicos europeus. O sistema de notificação prévia era de matriz germânica e baseado num controlo *ex ante*, enquanto o sistema de exceção legal tinha uma matriz francófona e era baseado num controlo *ex post*. In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 13.

⁷⁵ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 291.

⁷⁶ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 13 em consonância com o teor do parágrafo 30 do Livro Branco. Não devemos confundir que o ónus da prova para a existência de uma eventual restrição da concorrência continua a cargo das ANC e não dos particulares. Às empresas apenas está entregue o ónus da prova referente às justificações dos acordos celebrados entre as empresas. Mas poderá não ser suficiente para que a proteção do Direito da Concorrência seja garantia do interesse público, uma vez que não possuem os meios necessários para a obtenção de informações eficientes sobre o mercado, em contraposição aos poderes de investigação das ANC.

⁷⁷ Artigo 1.º do Reg. 1/2003: “1 - Os acordos, decisões ou práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia. 2 – Os acordos, decisões ou práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia”.

⁷⁸ In SOFIA OLIVEIRA PAIS, obra citada, pág. 299. Ao contrário da anterior presunção de ilegalidade.

⁷⁹ In ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 4 e MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 63.

⁸⁰ As decisões positivas são aquelas que correspondem a uma decisão sobre uma exceção individual, nos termos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Por outro lado, as decisões negativas são aquelas que declaram que determinado acordo é incompatível com o mercado comum, nos termos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. In PAULO JORGE GOMES, obra citada, nota de rodapé 131, pág. 40.

⁸¹ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 47.

⁸² In LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, obra citada, pág. 572.

1/2003)⁸³. Pois as ANC terão a tendência de salvaguardar sobretudo os interesses nacionais, na avaliação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, do que os interesses europeus da concorrência, além de que seriam mais suscetíveis a pressões políticas do que a própria Comissão⁸⁴.

O principal objetivo do Reg. 1/2003 é a descentralização de competências por parte da Comissão, repartindo pelas ANC e tribunais⁸⁵. Ao contrário do Reg. 17/1962, a competência para aplicação das regras de Direito da Concorrência da União Europeia pertence tanto à Comissão (cfr. art. 4.º do Reg. 1/2003), como às ANC (cfr. art. 5.º e 35.º, n.º 1 do Reg. 1/2003) e restantes autoridades competentes dos Estados-membros⁸⁶. Isto atribuiu um maior destaque às ANC e aos tribunais judiciais, aumentando substancialmente a intervenção destas entidades na aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia⁸⁷. A nível nacional, é competente para aplicar as regras de Direito da Concorrência a Autoridade da Concorrência (adiante AdC), autoridade com capacidade para exercer as competências que o Direito da Concorrência da União Europeia confira às ANC no domínio das regras aplicáveis às empresas⁸⁸. Para abolir o monopólio da Comissão, é permitido às ANC (cfr. art. 6.º do Reg. 1/2003) e aos tribunais nacionais (cfr. art. 5.º do Reg. 1/2003) conceder isenções nos termos do número 3 do artigo 101.º do TFUE, passando este artigo a ter aplicabilidade direta⁸⁹ por parte das ANC e dos tribunais judiciais e a produzir efeito direto⁹⁰ sobre os ordenamentos jurídicos nacionais. Isto significa que as ANC apenas podem considerar o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE inaplicável caso estejam preenchidos os requisitos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

⁸³ In LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, obra citada, pág. 575.

⁸⁴ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 48 e em especial nota de rodapé 155 da obra indicada.

⁸⁵ A anterior avalanche de notificações com que a Comissão era bombardeada diariamente perdeu o seu fulgor, passando a dar prioridade à análise das situações mais graves, tendo atribuído muitas das suas competências às ANC dos Estados-membros. Para maiores desenvolvimentos consultar LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, obra citada, pág. 562; ANTÓNIO GOUCHA SOARES, obra citada, pág. 185 e ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 4.

⁸⁶ No caso das ANC, apenas serão competentes relativamente a casos individuais. O artigo 35.º do Reg. 1/2003 estabelece a criação das ANC com uma enumeração taxativa dos vários tipos de medidas a adotar em aplicação das normas comunitárias de concorrência (art. 5.º Reg. 1/2003). In ANTÓNIO GOUCHA SOARES, obra citada, pág. 191. Isto leva ao incentivo à criação de normas nacionais de concorrência e que se comece a aplicar os próprios artigos 101.º e 102.º do TFUE pelas instâncias nacionais. In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, obra citada, pág. 146.

⁸⁷ In LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, obra citada, pág. 557 e MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 62.

⁸⁸ Tal vem explanado no artigo 5.º, al. h) dos EAdC. A AdC não pode aplicar coimas referentes às violações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, exceto quando também são puníveis pelos artigos 9.º e 11.º no NRJC. Finalmente, os poderes da AdC em matéria de aplicação das regras comunitárias situam-se ao nível do ilícito de mera ordenação social. In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 66.

⁸⁹ Está relacionado com a adoção do ato na ordem jurídica nacional.

⁹⁰ O efeito direto das regras europeias relaciona-se com a sua invocação perante os tribunais nacionais, conferindo aos particulares direitos que estariam negados. Esta teoria é sustentada pelo Ac. Simmenthal de 9/03/1978, que pressupõe para que uma norma europeia produza efeito direto junto dos particulares, e por isso ser judicialmente impugnável, ela terá de ser clara, precisa e incondicional. In PAULO JORGE GOMES, obra citada pág. 34.

2.3 DIREITO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA

A entrada de Portugal em 1986 para a CEE foi fundamental para começar a encarar o Direito da Concorrência com relevância para o desenvolvimento socioeconómico do país. Para uma real aplicação da liberdade de concorrência, é inevitável a intervenção do Estado na economia, a qual deverá visar prevenção de práticas ou comportamentos abusivos que tenham repercussões negativas no mercado interno⁹¹. Isto vem previsto na Constituição da República Portuguesa (adiante CRP), uma vez que a defesa da concorrência constitui um bem público, sendo a AdC a autoridade capaz para a promover (cfr. art. 81.º, al. f) CRP⁹²). Uma vez que o nosso sistema jurídico é influenciado pelo Direito dos Tratados da UE, existiu a necessidade de adaptar a CRP à realidade europeia com a introdução do n.º 6 do artigo 7.º da CRP⁹³, que permite a convenção dos poderes necessários para o desenvolvimento da UE. Assim se reduziu substancialmente a possibilidade de existirem incompatibilidades ou contradições fundamentais entre a CRP e o TFUE, apesar de se manter a possibilidade de surgirem conflitos entre ambas as jurisdições⁹⁴.

A evolução do Direito Nacional da Concorrência passou por três fases: a primeira, com a entrada de Portugal na CEE até à entrada em vigor da LdC que institui a primeira verdadeira lei da concorrência em Portugal; a segunda, verifica-se com a consolidação das regras da concorrência até à entrada em vigor do NRJC que nos traz um novo regime jurídico; e a última fase será desde a entrada em vigor do NRJC em Maio de 2012 até à atualidade⁹⁵.

Até à entrada de Portugal para a CEE, o regime da concorrência era totalmente desconhecida no ordenamento jurídico nacional pela legislação e pelos juristas⁹⁶, sendo confundido com a concorrência desleal, visando principalmente a proteção dos interesses dos concorrentes e não a proteção dos consumidores. A defesa da concorrência e do funcionamento do mercado como um interesse público era desconhecido sobretudo num Estado corporativista.

⁹¹ In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 15.

⁹² Artigo 81.º, al. f) da CRP: *“Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*.

⁹³ Artigo 7.º, n.º 6 da CRP: *“Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”*.

⁹⁴ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 119.

⁹⁵ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 21. Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução da legislação nacional ver Enquadramento das leis de defesa da concorrência em Portugal – JOÃO E. PINTO FERREIRA, pág. 203 e ss.

⁹⁶ A nível económico a concorrência em território nacional há muito que era do conhecimento dos economistas.

O Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, constitui o primeiro passo na construção de uma nova realidade de Direito da Concorrência, que viu a entrada de Portugal na CEE como o incentivo final à mudança de paradigma na economia nacional. Deixou-se de ter uma economia corporativista, de regimes de preços com influência estatal para um regime de preços acompanhado pela influência do mercado ou até para um regime de preços livres⁹⁷. Este normativo foi alvo de constantes atualizações e revisões pelos governos, apesar de nunca ter obtido a clarividência para a implementação de um eficaz regime de concorrência em Portugal.

Em 2003, foi publicada a LdC, iniciando a segunda fase do Direito Nacional da Concorrência⁹⁸, implementando efetivamente um regime jurídico da concorrência em Portugal e apresentou um salto qualitativo das condições institucionais para a definição e execução de políticas de concorrência alinhadas com a UE. Já nesta época, referia JOÃO E. PINTO FERREIRA, Portugal dispunha de um bom enquadramento legislativo para a concorrência⁹⁹.

Esta segunda fase destaca sobretudo a aproximação do Direito Nacional da Concorrência ao Direito da Concorrência da União Europeia, marca fundamental do Reg. 1/2003, e a criação de uma autoridade nacional independente que permitisse a eficaz aplicação da Concorrência em território nacional¹⁰⁰. O Estado Português, através do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, criou a AdC, atribuindo-lhe poderes de supervisão, fiscalização e sancionamento para cumprir com a finalidade de aplicar apenas as regras da concorrência¹⁰¹.

A AdC é competente para “*exercer todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas*” (cfr. art. 5.º, n.º 1, al. h) EAdC). Assim se verifica a conformidade com o artigo 35.º do Reg. 1/2003 na criação de autoridade em território nacional para aplicação dos preceitos europeus de defesa da concorrência¹⁰². À AdC¹⁰³ foi atribuída a competência para investigar e decidir sobre todas as matérias de concorrência, além de lhe ter atribuído a

⁹⁷ In JOÃO E. PINTO FERREIRA, obra citada, pág. 205.

⁹⁸ O movimento de modernização promovido pela Comissão também influenciou o ordenamento jurídico nacional, sendo o Livro Branco um dos seus corolários. In JOÃO E. PINTO FERREIRA, obra citada, pág. 223.

⁹⁹ In JOÃO E. PINTO FERREIRA, obra citada, pág. 235.

¹⁰⁰ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 21.

¹⁰¹ Artigo 1.º do DL 10/2003: “*É criada a Autoridade da Concorrência, adiante designada por Autoridade, à qual caberá assegurar o respeito pelas regras da concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores*”.

¹⁰² In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (2014), obra citada, pág. 606.

¹⁰³ A AdC é, tal como vem definido pelos seus estatutos (cfr. art. 1.º do EAdC), “*uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente*” e que tem “*por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores*”. Os poderes da AdC são transversais a toda a economia nacional na defesa da concorrência, em coordenação com as entidades reguladoras setoriais.

capacidade de promover uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e da generalidade do público¹⁰⁴. Tem ainda a responsabilidade de promover o funcionamento eficaz dos mercados, para permitir a repartição dos recursos e na defesa dos consumidores.

Posteriormente, existiu a necessidade de adequar a LdC aos regimes presentes nos Estados-membros, adotando o regime da clemência pela Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto¹⁰⁵, que tinha como finalidade dar um tratamento favorável às empresas que eventualmente colaborassem com a AdC na investigação, prova e sanção de certos tipos de acordos, tão complicados de identificar e que prejudicam a economia e os consumidores¹⁰⁶.

No entanto, a harmonização do regime do Direito Nacional da Concorrência com o regime da UE promovido pela LdC não foi suficiente, provocando a necessidade de haver nova alteração à legislação de Direito da Concorrência em território nacional, para concretizar esta necessidade eminente. Prova disto, e em conformidade com o referido no parágrafo anterior, o regime da clemência passou a estar incluído na nova lei da concorrência.

Assim se dá lugar à terceira fase da evolução do Direito da Concorrência em Portugal com a implementação do NRJC. O NRJC visou proceder a uma maior harmonização do Direito Nacional da Concorrência com o Direito da Concorrência da União Europeia, permitindo a aplicação simultânea de ambos os regimes. A aproximação do regime nacional ao Direito da Concorrência da União Europeia poderá implicar dúvidas na questão de qual dos regimes será aplicável perante uma violação do Direito da Concorrência. Outro dos seus objetivos principais foi dotar a AdC de poderes eficientes para uma supervisão e ação adequados para o combate dos ilícitos concorrenciais. O NRJC também promoveu a reafirmação do Direito Nacional da Concorrência, procurando corrigir algumas falhas provenientes da LdC, maioritariamente processuais. A criação de um tribunal de competência especializada, o Tribunal para a Concorrência, Regulação e Supervisão¹⁰⁷ (adiante TCRS) foi fundamental para atingir esta nova fase no panorama nacional de Direito da Concorrência¹⁰⁸.

3. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E O DIREITO NACIONAL

Com o processo de modernização da aplicação do Direito da Concorrência da União

¹⁰⁴ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 316.

¹⁰⁵ Este regime jurídico permite a dispensa ou a atenuação especial de determinada coima aplicável em processos de contraordenação instaurados pela AdC por infração às normas que proíbem acordos ou práticas concertadas.

¹⁰⁶ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 315 e 316.

¹⁰⁷ Através do Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março.

¹⁰⁸ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 22.

Europeia, a relação entre o ordenamento jurídico europeu e os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros sofreram uma forte aproximação. Apesar do efeito direto atribuído pelo artigo 101.º do TFUE, a sobrevivência das legislações nacionais de promoção da defesa da concorrência nunca esteve em causa¹⁰⁹. A doutrina europeia pronunciou-se, em virtude das dúvidas envoltas da noção de afetação do comércio, levando ao surgimento de duas importantes teorias: a teoria da barreira dupla e a teoria da barreira única. Para a primeira, só deveria ser permitida a adoção de determinado acordo ou prática restritiva caso se preenchesse as normas de ambos os ordenamentos. Mas, para a segunda, teoria não era viável a aplicação cumulativa de ambos os ordenamentos, uma vez que sempre que determinado comportamento provocasse a aplicação das normas europeias, este impossibilitaria a aplicação das normas nacionais¹¹⁰.

Também a nível nacional esta questão foi levantada, pelo que devemos ter presentes que uma das principais dificuldades existentes para a aplicação do Direito da Concorrência em território nacional é o primado do Direito Comunitário, apesar de não existir nos Tratados qualquer norma que consagre este princípio. Porém, o TJUE tem sido unânime de que as autoridades nacionais deverão aplicar uma norma comunitária que goze de aplicabilidade ou de efeito direto, mesmo que estas considerem que essa norma europeia viole qualquer norma do sistema jurídico interno. Assim, o TJUE, no seguimento do Ac. Walt Wilhelm, afirma que “*os conflitos entre as regras comunitárias e nacionais devem ser resolvidas pela aplicação do primado da regra comunitária*”¹¹¹, onde é possível verificar que se pode aplicar simultaneamente ambos os ordenamentos jurídicos, mas limitada pelo princípio da prevalência na aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia, pelo que não poderia ser lícito um acordo ou prática restritiva a nível nacional que o Direito da União Europeia proibisse¹¹².

De forma a prevenir uma possível alteração comunitária, com a iminência da

¹⁰⁹ In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (2014), obra citada, pág. 603.

¹¹⁰ In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (2014), obra citada, pág. 603.

¹¹¹ O Ac. Walt Wilhelm, 15/2/1969, é o principal paladino do princípio do primado do Direito Comunitário. No entanto, são vários os acórdãos emanados pelo TJUE onde é defendido o princípio do primado do Direito Comunitário, nomeadamente o Ac. Costa/Enel, 15/7/1964. No Ac. Simmenthal, 6/3/1979, é referido que “*o juiz nacional, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de Direito Comunitário, tem a obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional*”. Na mesma senda vem o Ac. Factortame, de 19/6/1990 também referir que: “*o Direito Comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o Direito Comunitário considere que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do Direito Nacional, deve afastar a aplicação dessa norma*”. Finalmente, no Ac. CIF, de 9/9/2003, “*o primado do Direito Comunitário exige que não se aplique uma norma de direito interno contrária a uma norma de Direito Comunitário, seja ela anterior ou posterior a esta última*”.

¹¹² In MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (2014), obra citada, pág. 603 e 604. Para Cruz Vilça “*a legislação nacional da concorrência não se substitui ao direito comunitário, no âmbito de aplicação deste. E mesmo quando aplicável*

implementação de um futuro Tratado Constitucional, em 2004 foi novamente alterada a CRP, tendo sido inserido o número 4 do artigo 8.º que estipula que “*as disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”¹¹³. Assim, a lei fundamental nacional passou a prever o princípio do primado do Direito Comunitário sobre as próprias normas internas¹¹⁴.

O sistema de competências paralelas vem potenciar novos mecanismos de cooperação para a promoção da defesa da concorrência. Portanto, para aplicar o Direito da Concorrência da União Europeia foram estabelecidas relações de cooperação entre a Comissão Europeia e as ANC e os tribunais dos Estados-membros (ponto 3.1) e entre as ANC dos vários Estados-membros, que irá convergir na Rede Europeia da Concorrência (adiante REC) (ponto 3.2) ¹¹⁵.

O sistema de competências paralelas visa repartir a prossecução da defesa da concorrência pelas várias autoridades com competência para aplicar o Direito da Concorrência da União Europeia: a Comissão, as ANC e os tribunais nacionais. Este sistema, apesar de previsto nos considerandos 4 e 22 do Reg. 1/2003, obtém a sua consagração na Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede das autoridades de concorrência (adiante Comunicação sobre cooperação na REC)¹¹⁶. Torna-se evidente a premissa lançada pelo Reg. 1/2003, onde as autoridades com competência para aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE

simultaneamente à mesma situação, o direito nacional deverá ser aplicado no respeito do princípio do primado do direito comunitário”. Visto in nota de rodapé 1816, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES (2014), obra citada, pág. 605.

¹¹³ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 120.

¹¹⁴ Não é uma posição pacífica, onde vários autores que aceitam sem limites o primado do Direito Comunitário (Freitas do Amaral e outros), outros consideram a existência do primado da CRP sobre o normativo comunitário (Miguel Galvão Teles e outros) e para uns existe o primado aplicativo daquele direito (Gomes Canotilho, Vital Moreira e outros). Freitas do Amaral defende que o primado das normas europeias sobre a ordem nacional fica assim expressamente acolhido. Visto em Constituição Portuguesa Anotada, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, pág. 172. Mas Gomes Canotilho e Vital Moreira apresentam uma posição caracterizada por notas de acentuação e de atenuação da ideia de prevalência do Direito Comunitário. Visto em JORGE MIRANDA, obra citada, pág. 173. As primeiras devem-se à relativização do carácter derivado do primado onde terá na competência da UE o principal aspeto do primado, pois considerará os órgãos nacionais incompetentes para julgar matéria europeia, tornando-se imune ao processo de fiscalização constitucional. A perspectiva de atenuação deve-se ao facto de considerarem a aceitação do primado como uma decisão constituinte do povo português, sendo o primado apenas de aplicação e não um primado constitucional. Para Galvão Teles o facto de a CRP possuir limites à aplicação interna do Direito Comunitário implica que a UE possui competência para decidir de normas internas, pelo que a CRP reconhece uma pretensão do Direito Comunitário ser aplicável internamente, sem a existência de limites impostos pelo Direito Nacional. Visto em JORGE MIRANDA, obra citada, pág. 173. Esta posição obtém a concordância de Jorge Miranda e Rui Medeiros, uma vez que encaram o artigo 8.º, n.º 4 da CRP, como apresentando a competência das competências do Estado Português, pois não autoriza apenas o Direito Comunitário, como também define os termos da sua aplicação e estabelece os respetivos limites. In JORGE MIRANDA, obra citada, pág. 173.

¹¹⁵ In ANA PEIXOTO, obra citada, pág. 30.

¹¹⁶ Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (2004/C 101/03), de 27/4/2004

deverão ser responsáveis pelo trabalho eficiente nos casos sujeitos a inquérito. Este sistema institui que sejam capazes de instruir os processos uma única ANC (mesmo que possa ser coadjuvada por ANC de outros Estados-membros), várias ANC agindo em paralelo ou a própria Comissão¹¹⁷, atribuindo um caso a uma única entidade bem posicionada para agir.

Todo este movimento de uniformização potenciou um aumento da competitividade, da concorrência, de harmonização e de coesão económica entre os Estados-membros. Naturalmente que isto provoca um aumento da liberdade económica para todos os intervenientes no mercado, permitindo assim o acesso livre e justo dos consumidores a produtos com preços razoáveis e competitivos, independentemente da sua origem¹¹⁸.

3.1 APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PELA AdC E PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Na articulação estabelecida entre a Comissão e os organismos judiciais nacionais, existe um dever de cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais nos termos do artigo 15.º do Reg. 1/2003. Naturalmente que a Comissão impôs uma série de deveres aos tribunais nacionais com o objetivo de preservar a uniformidade na aplicação das regras comunitárias de Direito da Concorrência, em face à multiplicidade existente de ordens jurídicas no seio da UE¹¹⁹.

Apesar da proibição dos tribunais nacionais proferirem decisões contrárias ou que entrem em conflito com o TFUE, está implícito um dever geral de cooperação leal na relação entre a Comissão e os tribunais, aplicável em ambos os sentidos dessa relação¹²⁰. Porém, não existe qualquer impedimento à possibilidade de ser interposto recurso das decisões da Comissão para os organismos próprios da UE¹²¹, pelo que qualquer decisão proferida pela Comissão no âmbito do Reg. 1/2003 é suscetível de recurso nos termos do artigo 263.º e ss. do TFUE¹²². Mesmo num sistema de competências paralelas, é fundamental evitar conflitos entre decisões da Comissão e dos tribunais nacionais. Tais situações poderão colocar em causa os princípios de segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias da concorrência¹²³.

¹¹⁷ In ponto 5 da Comunicação sobre cooperação na REC.

¹¹⁸ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 24 e 25.

¹¹⁹ In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 131.

¹²⁰ In A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da concorrência – FILIPA CAMPOS, pág. 15.

¹²¹ In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 152.

¹²² No caso de se tratarem de decisões de aplicação de coimas ou sanções pecuniárias compulsórias, a entidade competente será o TJUE com plena jurisdição (art. 31.º do Reg. 1/2003 e art. 229.º TFUE). Agora se as decisões objeto de recurso forem interpostas por particulares, será competente o TPI, mas se for por um Estado-membro será novamente o TJUE a entidade competente.

¹²³ Considerando 22 do Reg. 1/2003.

Às ANC e aos tribunais nacionais foi permitido, pelo Reg. 1/2003, a aplicação direta dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, adquirindo competências anteriormente exclusivas da Comissão. É basilar que os tribunais são essenciais para a aplicação das regras europeias da concorrência, completando o papel das autoridades dos Estados-membros responsáveis na defesa da concorrência¹²⁴, uma vez que, tal como refere ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, a Comissão não teria capacidade para gerir todos os processos dos Estados-membros¹²⁵.

Com a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais dos Estados-membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE¹²⁶ (adiante Comunicação Comissão e tribunais nacionais), é possível confirmar a forma de atuação para aplicar o Direito da Concorrência da União Europeia em simultâneo com o Direito Nacional, apesar desta comunicação pretender apenas assistir os tribunais nacionais relativamente à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e não os vincular ao seu teor¹²⁷.

Aos tribunais nacionais é permitido aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE sem ser necessário aplicarem paralelamente o direito nacional, mas se estes aplicarem o Direito Nacional da Concorrência a acordos ou práticas concertadas que afetem o mercado entre os Estados-membros já é obrigatória a aplicação em conjunto do Direito da Concorrência da União Europeia¹²⁸. Qualquer decisão tomada no âmbito do direito interno não poderá conduzir a uma decisão contrária ao TFUE em matéria de concorrência¹²⁹, mas se surgir uma situação de conflito de competências, será de aplicar o princípio do primado do direito europeu sobre o direito nacional, proibindo a aplicação de normas nacionais contrárias às europeias¹³⁰.

Aos tribunais nacionais é permitida a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia a um acordo ou prática concertada que afete o comércio entre os Estados-membros, de acordo com a articulação do artigo 11.º, n.º 6 e do artigo 35.º, n.º 3 e 4 do Reg. 1/2003. Mas para isso é necessário fazer uma ponderação sobre os efeitos que a eventual decisão possa assumir, para que não seja contrária à decisão que a Comissão possa tomar ou a decisão já tomada pela Comissão, podendo solicitar informações sobre a decisão a adotar e, caso seja

¹²⁴ Considerando 7 do Reg. 1/2003. No mesmo sentido vem o Ac. *Courage c. Crehan*, de 20/9/2001 que atribui um papel proeminente aos tribunais nacionais, enquanto entidades com capacidades complementares às funções atribuídas à Comissão Europeia e às ANC.

¹²⁵ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 322.

¹²⁶ Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais dos Estados-membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (2004/C 101/04), de 27/4/2004.

¹²⁷ In ponto 42 da Comunicação Comissão e tribunais nacionais.

¹²⁸ In ponto 5 da Comunicação Comissão e tribunais nacionais e conforme com o artigo 3.º, n.º 1 do Reg. 1/2003.

¹²⁹ In ponto 6 da Comunicação Comissão e tribunais nacionais e conforme com o artigo 3.º, n.º 2 do Reg. 1/2003.

¹³⁰ In ponto 6 da Comunicação Comissão e tribunais nacionais. Este ponto segue o que a jurisprudência comunitária proferiu nos Ac. *Simmenthal*, de 9/3/1978 e Ac. *CIF*, de 9/9/2003.

necessário, promover à suspensão da instância enquanto aguarda pela decisão da Comissão¹³¹.

A articulação entre a Comissão e os tribunais nacionais opera numa relação de dependência, em que o primado do TFUE é mais do que evidente. Pelo que os tribunais nacionais não poderão exercer as suas funções livremente, devido à obrigação do exercício de um dever de cooperação que não coloque em causa as decisões proferidas pela Comissão.

3.2 REDE EUROPEIA DA CONCORRÊNCIA

Uma das consequências inerentes à relação estabelecida entre a aplicação do Direito da Concorrência pelas instituições comunitárias competentes e as autoridades nacionais levou à criação de uma rede europeia de concorrência, a REC. Assim, a Comissão e as ANC dos Estados-membros estabeleceram uma rede europeia de autoridades públicas, que agem no interesse público, em que estas estão responsabilizadas pela aplicação das normas comunitárias de concorrência, sempre em estreita cooperação. Esta relação de cooperação foi automaticamente estabelecida pelo teor do Considerando 15 do Reg. 1/2003¹³².

O sistema de competência paralelas presente nas ANC levou a uma consequente flexibilidade de atribuição de casos entre estas¹³³. A REC torna-se na conceção de mais uma oportunidade para as ANC unirem recursos na aplicação das normas europeias pelos Estados-membros, permitindo à Comissão a concentração nas decisões graves e que afetem a política da concorrência da UE. A REC possui uma extrema pertinência, sobretudo num contexto meramente político, uma vez que este atua primordialmente como “*policymaking*” da concorrência¹³⁴. A REC tem como principal objetivo a garantia de uma aplicação coerente e uniforme das normas europeias do Direito da Concorrência por todo o espaço da UE¹³⁵. O seu funcionamento está subjugado ao cumprimento de determinados princípios fundamentais e para que se consiga verificar uma verdadeira cooperação entre estas entidades é necessário estar perante um princípio de coerência, um princípio de eficiência, um princípio de cooperação e ter sempre presente um espírito de salvaguarda dos direitos de defesa da própria concorrência¹³⁶.

Uma melhor repartição de tarefas pelas partes que compõem a REC, leva à

¹³¹ In ponto 12 da Comunicação Comissão e tribunais nacionais. Neste sentido a jurisprudência comunitária já emitiu decisões em que estão previstas tais situações, nomeadamente nos Ac. Brasserie de Haecht, de 12/12/1967, Ac. Delimitis, de 28/2/1991 e Ac. Masterfoods, 14/12/2000.

¹³² In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 125.

¹³³ In O desempenho da Rede Europeia da Concorrência – REC – e seus Membros no processo de modernização do controlo da concorrência na União Europeia – RENATA BENIGNO-WISSKIRCHEN, pág. 29.

¹³⁴ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 22.

¹³⁵ In FILIPA CAMPOS, obra citada, pág. 15.

¹³⁶ In MIGUEL MOURA E SILVA, obra citada, pág. 125 a 130.

concretização do princípio da subsidiariedade¹³⁷, em que a gestão dos processos colocados à análise da Comissão é feita para potenciar os recursos das diversas autoridades, podendo levar a uma maior ou menor eficácia da intervenção da Comissão. É necessário que a cooperação estabelecida entre as ANC e entre a Comissão e entre as próprias ANC seja efetiva, ao permitir a recolha e troca de informações entre as várias ANC (12.º do Reg. 1/2003¹³⁸).

As regras europeias da concorrência devem ser aplicadas em estreita relação pela Comissão e pelas ANC, estabelecendo uma série de mecanismos para o efeito, como a obrigação da aplicação das normas de concorrência em estreita cooperação, a verificar-se no âmbito do REC (cfr. art. 11.º do Reg. 1/2003). É possível concluir que a REC é sobretudo um meio de partilha de conhecimento, de consulta e de cooperação entre as ANC¹³⁹, que leva ao desenvolvimento de uma cultura comum de Direito da Concorrência no seio da UE¹⁴⁰.

A criação da REC permitiu o desenvolvimento do Direito Nacional da Concorrência à semelhança do que se faz na UE, sendo possível afirmar a quase existência de um completo regime comunitário da Concorrência, tal como é referido por ANDRÉ SILVA¹⁴¹. Também é reforçado por ABEL M. MATEUS que a REC, além de ser um pilar essencial para aplicação uniforme do Direito da Concorrência a nível europeu, permitiu a consolidação de uma cultura concorrencial em todo o espaço comunitário¹⁴². É ponto assente na doutrina nacional que a REC foi uma conquista da Comissão ao proporcionar aos Estados-membros os meios necessários para a evolução da sua legislação jusconcorrencial, bem como para a criação e desenvolvimento de entidades capazes para a aplicação do Direito da Concorrência nacional e europeu.

3.3 APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E DO DIREITO NACIONAL

A aplicação simultânea do Direito da Concorrência da União Europeia e o Direito Nacional da Concorrência até ao Reg. 1/2003 era considerada apenas uma mera faculdade, e

¹³⁷ Nas palavras de Renata Benigno-Wisskirchen, o princípio da subsidiariedade “*determina que as instituições comunitárias somente intervirão na esfera nacional quando forem capazes de promover resultados mais eficientes do que resultariam da atuação nacional*”. In RENATA BENIGNO-WISSKIRCHEN, obra citada, pág. 37.

¹³⁸ Artigo 12.º do Reg. 1/2003: “*Para efeitos da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, a Comissão e as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência podem comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais*”. Para salvaguardar os direitos de defesa impõe-se a proibição de troca de informações confidenciais.

¹³⁹ In ANA PEIXOTO, obra citada, pág. 30 e 31.

¹⁴⁰ Esta posição é assumida por Eduardo Lopes Rodrigues, em “O essencial da política de concorrência”. Visto in ANA PEIXOTO, obra citada, pág. 31.

¹⁴¹ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 24.

¹⁴² In ABEL M. MATEUS, obra citada, pág. 8.

não como algo real e efetivo. Muitas das ANC nem sequer dispunham de condições internas para promover pela aplicação das normas europeias. Quando o Direito da Concorrência da União Europeia é aplicável a uma norma simultaneamente sujeita ao Direito Nacional da Concorrência existe um dever de aplicação cumulativa dos dois normativos, sem esquecer a primazia sobre os demais ordenamentos nacionais para aplicação das regras da concorrência.

Ao fazer a análise do Reg. 1/2003 podemos verificar que, no número 1 do artigo 3.º, existe uma certa obrigatoriedade de aplicação simultânea por parte das ANC quer da legislação europeia, quer da legislação nacional de Direito da Concorrência. No entanto, o este artigo dá especial ênfase na afetação do comércio entre os Estados-membros para se aplicar simultaneamente quer o Direito da Concorrência da União Europeia quer o Direito Nacional.

No seio dos Estados-membros deu-se um movimento de cooperação e partilha de responsabilidades entre as ANC, os tribunais nacionais e a própria Comissão, passando todos a ter competências de fiscalização, direção e responsabilização¹⁴³. É permitido, no caso de dúvidas por parte das ANC da conduta sobre a aplicação ou não do Direito da Concorrência, que estas autoridades possam proceder à consulta informal do procedimento a adotar entre as ANC e a Comissão. Apesar da obrigação de aplicação primordial do Direito da Concorrência da União Europeia, tal não deve ser o único meio a ser utilizado. Assim, será necessário que, para perceber se determinada operação coloca ou não em causa o Direito da Concorrência, se proceda à delimitação do espaço em que essa operação irá ocorrer. Então a definição de mercado relevante¹⁴⁴ terá influência decisiva para a apreciação de determinado processo.

¹⁴³ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 23.

¹⁴⁴ A definição de mercado relevante é um passo preliminar a ser adotado em qualquer análise concorrencial. Porém não existe na legislação comunitária nem na legislação nacional um normativo suficiente capaz de definir mercado relevante, cabendo aos tribunais o seu esclarecimento, adaptando ao caso concreto. In MIGUEL SOUSA FERRO, obra citada, pág. 251 a 253. Esta definição terá como objetivo “*permitir, quando necessário, a análise da importância e impacto de práticas no mercado, com vista à determinação da sua admissibilidade ou proibição, da extensão da responsabilidade pessoal e quantificação da coima, ou da atribuição de direito ou obrigações às empresas em causa, a terceiros e às próprias autoridades*”. In MIGUEL SOUSA FERRO, obra citada, pág. 256. A nível nacional, a sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 29/2/2012 expressa que “*é através da definição do mercado que se identificam e definem os limites da concorrência*”. A nível comunitário é a própria Comissão que identifica que “*o principal objetivo da definição de mercado consiste em identificar de forma sistemática as limitações concorrenciais imediatas que a entidade resultante da concentração tem de enfrentar*” in Comissão Europeia, Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. Ainda no mesmo sentido pronunciaram-se também, a nível comunitário, no Ac. NVV et al c. Comissão de 7/5/2009 e, a nível nacional, na sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 766/06.4TYLSB, de 15/2/2007. Finalmente, o mercado relevante é definido a partir da conjugação de três perspetivas distintas e complementares: a dimensão do produto, a dimensão geográfica e a dimensão temporal. Apenas com a conjugação destas três dimensões será possível obter a definição do mercado relevante para a decisão no caso concreto, sendo mercado relevante “*o conjunto mais estreito dos produtos e/ou serviços, áreas e períodos temporais que exercem suficiente pressão concorrencial imediata sobre o produto, área e o período temporal focal da análise, devido à substituíbilidade do lado da procura ou do lado da oferta, de modo a que não haja incentivo económico para um pequeno aumento não transitório de preços do produto, na área e no*

Em variadas situações foi possível confirmar que também é possível às ANC terem uma postura imparcial quer na aplicação do Direito da Concorrência de origem comunitária, quer na de origem nacional, levando à conclusão óbvia de que os interesses comunitários e nacionais não estão de costas voltadas, tal como PAULO JORGE GOMES afirma¹⁴⁵.

A nível nacional, com as alterações introduzidas pelo NRJC, será possível verificar a passagem de um sistema em que se pratica a aplicação exclusiva do Direito Nacional da Concorrência para a aplicação cumulativa do Direito Nacional da Concorrência e o Direito da Concorrência da União Europeia, demonstrando a convergência promovida pela alteração da legislação nacional de concorrência (cfr. art.s 67.º e 68.º, n.º 1, al. c) do NRJC).

3.4 O CASO PORTUGUÊS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A aplicação do Direito da Concorrência por parte das autoridades nacionais não impede o recurso às autoridades europeias no caso de infrações das regras da concorrência. São muito reduzidas as decisões proferidas pelo TJUE relativamente a uma decisão adotada pela AdC, tendo a primeira ocorrido em 2013 no caso OTOC¹⁴⁶. Numa perspetiva superficial, iremos identificar o que originou o recurso ao TJUE e o seu resultado.

A AdC proferiu decisão de condenação contra a OTOC por violação do artigo 4.º da LdC¹⁴⁷, fazendo a adequação desta ordem profissional às empresas para aplicação das normas de Direito da Concorrência. Para a AdC, o regulamento de formação de créditos da OTOC é suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros. Apesar do recurso efetuado pela OTOC para o Tribunal de Comércio de Lisboa (adiante TCL), este confirmou a condenação da AdC¹⁴⁸. Não conformada com esta decisão, a OTOC interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (adiante TRL), para que fossem colocadas ao TJUE questões prejudiciais sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE. A intervenção do TJUE não se deveu à sua livre iniciativa, mas como recurso para esclarecimento de dúvidas sobre a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no caso concreto. As questões levantadas prenderam-se com: a) a consideração da OTOC como associação de empresas; b) da interpretação do artigo 101.º do TFUE no sentido de permitir pôr em causa o sistema de formação criado pela OTOC; c) da

período focal, na ordem dos 10%, acima de níveis concorrenciais”. In MIGUEL SOUSA FERRO, obra citada, pág. 666. Exemplos de decisões comunitárias referentes à definição de mercado relevante: Ac. United Brands, 14/2/1978, Ac. Hoffman La Roche, de 13/2/1979 e Ac. Continental Can, de 21/2/1973.

¹⁴⁵ In PAULO JORGE GOMES, obra citada, pág. 48.

¹⁴⁶ Ac. do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 28 de Fevereiro de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, proc. C-1/12, Col. 2013.

¹⁴⁷ Decisão PRC 2009/03 de 7/5/2010.

¹⁴⁸ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 938/10.7TYLSB, de 29/4/2011.

oposição dos artigos 101.º e 102.º do TFUE à regulamentação que não ponha em causa a atividade económica dos profissionais; e d) se uma ordem profissional poderá exigir formação apenas administrada por ela.

É de criticar a atuação do reenvio pelo TRL, uma vez que as três primeiras questões estão bem resolvidas na jurisprudência europeia, tendo sido desnecessário o recurso ao TJUE¹⁴⁹. Do acórdão do TJUE ficou claro que a OTOC constitui a conceção de empresa para os efeitos do artigo 101.º do TFUE e que o regulamento de formação de créditos implica uma restrição ao nível de uma decisão tomada por uma associação de empresas, independentemente de se tratar de uma ordem profissional. Ficou determinado que o regulamento da OTOC constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º do TFUE, sendo necessário verificar se este elimina a concorrência numa parte substancial do mercado relevante e se impunha condições discriminatórias face aos eventuais concorrentes. É de realçar a exaustão dedicada a este acórdão, constituindo referência do TJUE para processos aplicados por ANC¹⁵⁰.

Com os esclarecimentos proferidos pelo TJUE¹⁵¹, o TRL¹⁵² confirmou a anterior sentença de condenação da OTOC por violação do artigo 4.º da LdC e do artigo 101.º do TFUE, uma vez que elimina a concorrência numa parte substancial do mercado relevante em proveito da OTOC e impõe condições discriminatórias para os concorrentes, no seguimento do acórdão do TJUE¹⁵³. Esta decisão foi positiva por ter confirmado a aplicação das regras da concorrência às ordens profissionais e ter gerado uma decisão do TJUE referente a decisões da AdC.

Também o Tribunal da Relação do Porto (adiante TRP)¹⁵⁴ proferiu decisão quanto ao primado do Direito da Concorrência da União Europeia e que permite a aplicação das normas europeias diretamente pelos tribunais nacionais. Mas, tal não impede a aplicação simultânea das normas internas de Direito da Concorrência com as normas europeias. No caso concreto, esteve na origem do referido processo uma cláusula de exclusividade presente num contrato de fornecimento de café, sendo que esta seria violadora dos pressupostos no artigo 101.º, n.º 1 do

¹⁴⁹ In Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnico Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais – MARGARIDA CALDEIRA (2014a), pág. 287.

¹⁵⁰ In MARGARIDA CALDEIRA (2014a), obra citada, pág. 302.

¹⁵¹ As decisões sobre questões prejudiciais proferidas pelo TJUE são vinculativas para o órgão nacional de reenvio, pelo que o juiz nacional não poderá adotar interpretação diferente da que for fixada pelo TJUE na decisão prejudicial. In Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Janeiro de 2014 e Decisão Sumário do Tribunal Constitucional de 21 de Maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das Regras de Concorrência a Ordens Profissionais e foro competente – MARGARIDA CALDEIRA (2014b), pág. 408.

¹⁵² Sentença do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 938/10.7TYLSB-L1 de 7/1/2014.

¹⁵³ In MARGARIDA CALDEIRA (2014b), obra citada, pág. 412.

¹⁵⁴ Sentença do Tribunal da Relação do Porto, proc. 8615/08.2TBMTS.P1, de 12/4/2010.

TFUE. O TRP será competente para decidir esta matéria, alegadas de Direito da Concorrência da União Europeia, mas também as normas nacionais de Direito da Concorrência¹⁵⁵.

No caso, o contrato de exclusividade de fornecimento de café não é suficiente para pôr em causa o Direito da Concorrência por si só. Para se estar perante infrações das normas concorrenciais, será necessário preencher cumulativamente os pressupostos presentes no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, situação que não se confirma. Apesar do contrato implicar uma prática restritiva entre duas empresas que afeta a fixação de preços e de até ser suscetível de afetar as relações de comércio entre Estados-membros, no processo não existem informações suficientes para apurar se esta prática teria como efeito restringir o mercado.

No caso do *cartel do sal*, decisão proferida pelo TCL¹⁵⁶, não se verificou a infração por objeto e efeito de restringir a concorrência, por não se preencherem os pressupostos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Aqui vem o TCL culpabilizar a atuação da AdC, em virtude de não ter procedido a uma investigação exaustiva para apurar da efetiva violação da afetação do comércio entre os Estados-membros, pressuposto por onde baseou a sua decisão. Para o TCL, não foram promovidos os estudos e investigações necessárias para decidir com segurança nesse sentido. Anteriormente à decisão do TRP, o TCL, no caso *Ordem dos Médicos*¹⁵⁷, proferiu decisão em sentido diferente, uma vez que procede a uma análise pormenorizada de todos os elementos referidos, decidindo pela aplicação do artigo 81.º, n.º 1, al. a) do TCE.

Ficou patente que os tribunais nacionais ainda não estão preparados para aplicar com segurança as normas europeias e nacionais de Direito da Concorrência. Pois, os tribunais além de não serem capazes de decidir tendo por base as regras de concorrência, rejeitando por vezes a sua aplicação, também ainda não têm presentes a noção de aplicabilidade direta do Direito da Concorrência da União Europeia, permitido pelo Reg. 1/2003. Por fim, também é evidente a falta de preparação e de conhecimento para os tribunais se pronunciarem sobre questões económicas presentes quer nas normas europeias como na legislação jusconcorrencial nacional, considerando a sua habitual difícil prova.

4. MELHORIAS CONSEGUIDAS COM A REVOGAÇÃO DA LEI 18/2003 E A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 19/2012

Neste momento, é necessário verificar de que forma o Direito Nacional da Concorrência

¹⁵⁵ No caso em concreto foram tidas em consideração as normas presentes na LdC, uma vez que à data ainda não tinha sido publicado o NRJC.

¹⁵⁶ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 965/06.9TYLSB, de 2/5/2007.

¹⁵⁷ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 851/06.2TYLSB, de 18/1/2007.

evoluiu desde a entrada em vigor da LdC e as alterações promovidas pelo NRJC. Assim, iremos procurar identificar as alterações apresentadas no Direito substantivo da concorrência e a nível processual e explorar a introdução de novas disposições de Direito da Concorrência, tendo por base o NRJC. Sempre que possível, iremos procurar fundamentar as eventuais melhorias com recurso tanto às decisões da AdC como às decisões dos tribunais nacionais.

4.1 EVOLUÇÃO DA LdC PARA O NRJC – MELHORIAS CONSEGUIDAS

O NRJC introduziu uma alteração substancial no Direito da Concorrência a nível nacional. No entanto, devemos ter consciência que estas alterações não surgiram apenas da livre iniciativa por parte do legislador, mas que também foi influenciada a nível internacional. No seguimento da intervenção do Banco Central Europeu, do Fundo Monetário Internacional e da Comissão Europeia, em 2011, a *Troika*, no memorando de entendimento destas três instituições com o Estado Português, propôs como um dos objetivos inerentes à sua ajuda económica, a criação de um conjunto de alterações a nível concorrencial que visasse reforçar a competitividade estrutural da economia¹⁵⁸. Isto culminou com a publicação do NRJC que, além de ter a influência da *Troika*, segue também o normal curso das evoluções decorrentes do Reg. 1/2003 e consequente movimento de reformas na legislação concorrencial dos restantes Estados-membros¹⁵⁹.

O NRJC procurou visar certos objetivos, nomeadamente a simplificação da lei através da efetiva separação das regras sobre a aplicação de procedimentos de concorrência das regras aplicáveis aos procedimentos criminais. O memorando procurou racionalizar as condições que determinam a abertura de investigações por parte da AdC, permitindo-lhe ajuizar o interesse das queixas recebidas, que leva à previsão de um princípio de oportunidade. Também procurou simplificar a aplicação das regras e procedimentos de sancionamento das violações das normas concorrenciais, garantindo maior clareza e segurança jurídica aos intervenientes económicos¹⁶⁰. O memorando pretendeu ainda influenciar o alinhamento dos regimes nacional e europeu relativamente ao controlo de concentrações; garantir uma maior clareza e segurança jurídica na

¹⁵⁸ *Memorandum of understanding on specific economy policy conditionality*, entre o Estado Português e o FMI, Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, de 17 de Maio de 2011. O Governo comprometeu-se a tomar medidas que melhorem a celeridade e eficácia da aplicação das regras da concorrência através da criação de um tribunal especializado e da proposta de revisão da lei da concorrência, tornando-a tão autónoma quanto possível do Direito Administrativo e do Direito Processual Penal e mais harmonizada com as práticas europeias.

¹⁵⁹ Reforma do regime de defesa da concorrência alemão em 2005, do direito da concorrência espanhol em 2007, do direito da concorrência francês em 2008 e do regime de defesa da concorrência grego em 2011 (em virtude do programa de ajustamento, à semelhança do caso de Portugal).

¹⁶⁰ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 49.

aplicação do direito administrativo processual ao controlo de concentrações; e avaliar o processo de recurso e alterá-lo para aumentar a equidade e a eficiência dos procedimentos¹⁶¹.

4.1.1 ALTERAÇÕES DE DIREITO SUBSTANTIVO

Em primeiro lugar, devemos analisar as alterações que o NRJC implementou a nível de Direito Substantivo do Direito Nacional da Concorrência. Quanto às práticas restritivas da concorrência, o artigo 9.º do NRJC proíbe as mesmas formas de coligação que a legislação europeia, sendo quase uma transcrição do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Porém, comparativamente, delimita a proibição destas formas de coligação aos atos que tenham *“por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”*, sendo nulas as que não sejam justificadas pelo artigo 10.º do NRJC (cfr. art. 9.º, n.º 2 do NRJC)¹⁶². Esta disposição é semelhante ao artigo 4.º da LdC, apesar de introduzir alterações na descrição exemplificativa dos atos suscetíveis de restringir a concorrência. A maioria das decisões da AdC referem-se às práticas concertadas por objeto¹⁶³ de restringir a concorrência, não tendo ainda existido condenações apenas pelo efeito¹⁶⁴.

Os critérios que conduzem a um balanço económico positivo são similares aos europeus (cfr. art. 10.º, n.º 1 do NRJC e 101.º, n.º 3 do TFUE)¹⁶⁵. Mas, para preencher os pressupostos do artigo 10.º, n.º 1 do NRJC, deverão as empresas invocar o benefício da justificação e fazer prova dos pressupostos alegados (cfr. art. 10.º, n.º 2 do NRJC)¹⁶⁶. O artigo 10.º, n.º 3 do NRJC ressalta que são considerados justificados os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo 9.º do NRJC que, apesar de não afetarem as relações de comércio entre os Estados-membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento comunitário adotado ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. A

¹⁶¹ In A Nova Lei da Concorrência Portuguesa – notas preliminares – GONÇALO ANASTÁCIO e ALBERTO SAAVEDRA (2013), pág. 328.

¹⁶² A consagração da nulidade de acordos ou práticas concertadas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência é semelhante ao artigo 101.º, n.º 2 do TFUE, que prevê a mesma nulidade.

¹⁶³ Para o TJUE as infrações por objeto são mais nocivas para o estabelecimento de uma concorrência não falseada e que geram maiores lucros para as empresas infratoras, tendência seguida pela jurisprudência nacional. In O contencioso da concorrência: balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português – PAULO DE SOUSA MENDES, pág. 238.

¹⁶⁴ In PAULO DE SOUSA MENDES, obra citada, pág. 237. Devemos destacar algumas das principais sentenças proferidas pela jurisprudência nacional neste sentido: sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 1307/05.6TYLSB, de 9/12/2005; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 1302/05.5TYLSB, de 12/1/2006; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 851/06.2TYLSB, de 18/1/2007; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 766/06.4TYLSB, de 15/2/2007.

¹⁶⁵ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 342.

¹⁶⁶ Assim se demonstra a adequação ao Direito da Concorrência da União Europeia, em que às empresas devem fazer o ónus da prova no preenchimento das condições do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE (cfr. art. 2.º do Reg. 1/2003).

consagração do artigo 10.º do NRJC e a sua adequação ao TFUE, vem contrariar o estipulado no artigo 5.º da LdC quanto à justificação das práticas proibidas. Entre estes dois artigos verifica-se a transição do sistema de notificação prévia para o sistema de exceção legal. Na LdC era exigido que a AdC procedesse à avaliação prévia para aplicação das isenções referentes às práticas proibidas no artigo 4.º da LdC, mas no NRJC não serão necessárias tais avaliações, sendo consideradas justificadas automaticamente. A AdC tem proferido decisões em que impõe a proibição de certas coligações, bem como aplicado coimas aos respetivos infratores¹⁶⁷.

Quanto à alteração introduzida pelo artigo 11.º do NRJC, correspondente ao artigo 6.º da LdC, é possível verificar a existência de um paralelismo¹⁶⁸ existente entre este artigo e o artigo 102.º do TFUE¹⁶⁹. Aqui se verifica uma das alterações mais relevantes, em que se retira do teor do artigo a sua definição material, contrariamente ao que a LdC dispunha¹⁷⁰. Como refere ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, não existe qualquer obrigatoriedade de definição da noção de abuso de posição dominante, uma vez que tal preceito é pacífico na jurisprudência europeia¹⁷¹. Assim, o NRJC opta por não definir o abuso de posição dominante e considera que

¹⁶⁷ Como exemplos de decisões adotadas pela AdC na proibição de coligações é de referir as que constam nos comunicados da AdC n.º 1/2005, n.º 19/2007, n.º 24/2009, n.º 16/2012, n.º 19/2013 e n.º 1/2015.

¹⁶⁸ Apesar do paralelismo entre o artigo 11.º do NRJC e o artigo 102.º do TFUE, no artigo 11.º, n.º 2, al. e) do NRJC consta uma previsão que não obtém reprodução na legislação comunitária, ao proibir o abuso no acesso a infraestruturas de carácter essencial, que constitui uma medida particularmente dirigida aos serviços em rede, objeto de regulação setorial, mesmo que não seja exclusivamente aplicável nestes casos. Este artigo permite que as entidades privadas que usufruem destas infraestruturas de carácter essencial possam ser responsabilizadas pela violação das regras da concorrência e assim permitir o acesso de eventuais concorrentes a estas infraestruturas, mediante compensação remunerada aceitável, possibilitando a existência de uma verdadeira concorrência nos mercados derivados (que dependem do acesso a estas infraestruturas). Esta questão não pode ser resolvida apenas pela AdC, mas também pelos reguladores sectoriais. Neste sentido veio a própria AdC, em 2008, emitir uma comunicação onde condena a PT Comunicações, S.A. ao pagamento de uma coima por abuso de posição dominante (comunicado da AdC n.º 15/2008), posição detida por ter o privilégio no uso das infraestruturas necessárias, tendo aplicado condições discriminatórias a prestações equivalentes, com efeitos para o mercado de circuitos alugados e no conjunto de mercados que usam estes circuitos como *input* para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 349.

¹⁶⁹ Até à data, apenas a condenação da *Sport TV* por abuso de posição dominante foi confirmada a nível judicial pelo TRL em 11/3/2015. No entanto existem outras decisões da AdC que ou foram arquivadas por falta de informações suficientes (PRC/2012/08 e PRC/2013/04) ou foram condenadas (PRC/2008/10). Recentemente foi adotada nota de ilicitude contra quatro empresas do setor de *market intelligence* por suspeita de abuso de posição dominante (comunicado da AdC n.º 09/2015).

¹⁷⁰ Artigo 6.º, n.º 2 da LdC: “*Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: a) a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes; b) duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros*”.

¹⁷¹ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 348. Na Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante C(2009), 9/2/2009, é referido que “*a posição dominante foi definida ao abrigo da legislação comunitária como sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores. Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita*”.

será preferível, a nível exemplificativo, indicar as principais práticas de abuso de posição dominante que se verificam sobretudo no mercado nacional, sendo uma reprodução quase fiel do teor do artigo 102.º do TFUE¹⁷². Esta foi uma opção do legislador, considerando que a concetualização jurídica e económica de um conceito pode restringir o seu âmbito de aplicação, podendo pôr em causa a sua efetivação prática. Refere então o artigo 11.º, n.º 1 do NRJC que é proibida “a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”.

O teor legal da proibição de abuso de posição dominante também foi alterado, tendo consistido na eliminação da menção de que uma situação de abuso de posição dominante teria que ter por objeto ou efeito a restrição da concorrência. Esta eliminação demonstra, além da óbvia harmonização da legislação de Direito da Concorrência da União Europeia, a necessidade de privilegiar uma análise dos efeitos provocados pelas condutas das empresas em situação de abuso de posição dominante, em consonância com a jurisdição europeia na matéria.

Apesar do abuso de dependência económica ser proveniente da LdC (cfr. art. 7.º da LdC), devemos considerar esta previsão como a consagração do consentimento da UE na permissão de ter presente nos ordenamentos internos normas mais restritivas do que as europeias, desde que não sejam contrárias ao Direito da Concorrência da União Europeia (cfr. art. 3.º, n.º 2 do Reg. 1/2003)¹⁷³. Com este dispositivo legal procura-se atingir principalmente os comportamentos restritivos de empresas com grande poder de mercado, mas que não possuam uma posição dominante, e que sejam suscetíveis de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. O abuso de dependência económica visa proibir a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que uma empresa se encontre relativamente a qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de qualquer outra alternativa. No âmbito do artigo 12.º, n.º 3 do NRJC será possível

Para o TJUE, no Ac. *United Brands*, de 14/2/1978, consiste numa “posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente aos consumidores”.

¹⁷² Conseguimos verificar que o NRJC se distinguiu da LdC, onde anteriormente até apresenta alguns exemplos de práticas abusivas, mas acaba sempre por remeter para as previsões do artigo 4.º da LdC.

¹⁷³ O artigo 12.º do NRJC refere que “é proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente”. Por sua vez, o artigo 102.º do TFUE apenas refere que “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”. Assim, o NRJC prevê a existência da figura do abuso de dependência económica, à semelhança do que se pratica na Alemanha desde 1973, e que não tem correspondência no Direito da Concorrência da União Europeia. In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 322.

evidenciar que a ausência de uma alternativa equivalente se verifica quando o fornecimento do bem ou serviço em causa apenas é assegurado por um número restrito de empresas ou quando não pode obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais em tempo razoável¹⁷⁴. Esta figura é de difícil caracterização dos seus pressupostos, pelo que exige às ANC um esforço acrescido para delimitar em cada caso concreto a situação de abuso, daquela que é apenas resultado de uma negociação entre partes que nunca estarão em situação de perfeita igualdade¹⁷⁵.

Relativamente às operações de concentração de empresas, o NRJC (cfr. art. 36.º, n.º 1 do NRJC) na sua definição não se afastou muito do que já vinha previsto na LdC, mas precisou esta noção e alterou certos aspetos essenciais quanto ao regime aplicável às operações de concentração de empresas. Para o NRJC, estamos perante uma concentração de empresas *“quando se verifique uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas”*¹⁷⁶. Podemos confirmar que o NRJC foi mais longe do que a própria LdC, em que apesar de permanecerem as situações em que se verifica uma operação de concentração de empresas, impõe a obrigação de existir uma mudança duradoura no controlo da empresa¹⁷⁷.

O artigo 37.º do NRJC introduziu uma diferença substancial em relação ao artigo 9.º da LdC, relativamente ao sistema de controlo de concentração de empresas. Mas esta não se pode considerar original, pois o desenvolvimento legislativo europeu já obrigava à existência desta alteração, em virtude da exigência de harmonização dos ordenamentos jusconcorrenciais

¹⁷⁴ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 350.

¹⁷⁵ Neste sentido, o comportamento da PT Comunicações relativamente ao mercado grossista de aluguer de circuitos pautou por uma situação de abuso de dependência económica, onde esta implementou um sistema abusivo de descontos no tarifário de aluguer de circuitos. Esta não foi a única vez que a PT Comunicações foi condenada por práticas referentes ao abuso de uma posição dominante, uma vez que já em 2007 foi condenada pela recusa de acesso à sua rede de condutas no subsolo aos concorrentes Tvtel e Cabovisão (comunicado da AdC n.º 13/2007).

¹⁷⁶ O artigo 36.º, n.º 4 do NRJC estabelece as operações que estão excluídas deste conceito, nomeadamente as aquisições de participações pelo administrador de insolvência (o NRJC fez a adequação em virtude da publicação do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas em 2004) e na aquisição de participações com meras funções de garantia (cfr. art. 36.º, n.º 4, al. a) e b) do NRJC e artigo 8.º, n.º 4, al. a) e b) da LdC). Contudo, o artigo 36.º, n.º 4, al. c) do NRJC ultrapassa o artigo 8.º, n.º 4, al. c) da LdC, onde a exclusão de aquisições por parte de instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros de participações em empresas com outro objeto social, que não o financeiro em sentido amplo, desde que essa aquisição respeite certas condições, nomeadamente o caráter temporário, que se destinem a revenda e dela não resulte influência dominante. Na LdC presumia-se a inexistência de uma operação de concentração relativamente às instituições de crédito que adquirissem participações em empresas não financeiras e que não fossem abrangidas pela proibição constante no artigo 101.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. O desenvolvimento legislativo comunitário exigia uma maior mudança relativamente ao sistema de controlo de concentração de empresas, uma vez que se exigia uma maior harmonização do regime nacional anticoncorrencial com as práticas comunitárias.

¹⁷⁷ Assim não será suficiente, como na LdC, que a operação de concentração de empresas se verifique na *“fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes ou no caso de uma ou mais pessoas singulares que detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, direta ou indiretamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas”* (cfr. art. 8.º, n.º 1, al. a) e b) da LdC), é ainda necessário a mudança duradoura do controlo da referida empresa.

nacionais com as práticas europeias, previstas no Reg. 1/2003. Para que exista uma operação de concentração será necessário proceder à notificação prévia da AdC para que esta aprecie a viabilidade da operação não violar qualquer disposição do Direito Nacional da Concorrência. Contudo, não foi adotado um critério único para se proceder à notificação prévia, mas sim um critério triplo, não tendo tal previsão semelhança na legislação comunitária de concorrência¹⁷⁸.

Ora, o artigo 37.º, n.º 1 do NRJC¹⁷⁹ determina as situações sujeitas a notificação à AdC. Assim, deve ser sempre efetuada notificação à AdC das operações de concentração quando estiverem perante a aquisição, criação ou reforço de uma quota no mercado nacional de determinado bem ou serviço que seja igual ou superior a 50%. O NRJC alterou o valor da quota de mercado, uma vez que antes seria suficiente apenas 30% da quota de mercado para implicar a notificação prévia à AdC¹⁸⁰. Outro dos critérios para a notificação será a realização em Portugal, pelo conjunto de empresas participantes e no último exercício, de um volume de negócios superior a 100 milhões de euros (enquanto que na LdC a exigência seria de 150 milhões de euros) na condição de o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas ser superior a 5 milhões de euros, ao contrário da LdC que determinava que fosse superior a 2 milhões de euros¹⁸¹. Finalmente, a AdC deverá ser notificada quando a aquisição, criação ou reforço de uma quota seja igual ou superior a 30%, mas inferior a 50% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal no último exercício, por pelo menos duas das empresas envolvidas, seja superior a 5 milhões de euros. Aqui já se verifica uma novidade relativamente à LdC, onde apresenta um conceito misto para motivar a notificação prévia das

¹⁷⁸ No Reg. 1/2003 era adotado um critério único, tendo como referência o volume de negócios das empresas.

¹⁷⁹ Artigo 37.º, n.º 1 do NRJC: “*As operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenchem uma das seguintes condições: a) em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 50 % no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste; b) em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 30 % e inferior a 50 % no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, no último exercício, por pelo menos duas das empresas que participam na operação de concentração seja superior a cinco milhões de euros, líquidos dos impostos com estes diretamente relacionados; c) o conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja superior a cinco milhões de euros*”.

¹⁸⁰ Artigo 9.º, n.º 1, al. a) da LdC: “*As operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenchem uma das seguintes condições: em consequência da sua realização se crie ou se reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste*”.

¹⁸¹ Artigo 9.º, n.º 1, al. b) da LdC: “*As operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preenchem uma das seguintes condições: o conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas sejam superior a dois milhões de euros*”.

operações de concentração à AdC, exigindo além de uma quota de mercado considerável, também um volume de negócios capaz de influenciar a concorrência. É mais uma aproximação ao Direito da Concorrência da União Europeia, onde se usa apenas o volume de negócios. Contudo, em Portugal não poderia ter sido usado apenas esse elemento, dadas as características do tecido empresarial português, em que a dimensão das empresas é relativamente pequena e dada a pequena dimensão do mercado interno português.

Finalmente, relativamente aos auxílios de Estado, a LdC referia que os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afetar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado (cfr. art. 13.º da LdC). Aqui previa a exclusão da aplicação das indemnizações compensatórias que constituíssem contrapartidas de um serviço público. Ora, o NRJC aprimorou o conceito que havia sido introduzido na LdC ao indicar que os auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou a qualquer outro ente público não devem restringir, distorcer ou afetar de forma sensível a concorrência no todo ou em parte substancial do mercado nacional e ao eliminar a referência à exclusão das indemnizações compensatórias do campo de aplicação do regime dos auxílios públicos (cfr. art. 65.º do NRJC). No TFUE constam uma série de situações em que os auxílios públicos são compatíveis com o mercado interno, que não reveste consagração no NRJC¹⁸².

4.1.2 ALTERAÇÕES PROCESSUAIS

O NRJC introduziu alterações substanciais a nível processual visando primordialmente dotar a AdC com competências adequadas à concretização das suas funções de promotora da defesa da concorrência, passando a dispor de poderes sancionatórios, de supervisão e regulamentação, definidos pelo artigo 5.º do NRJC, sem consagração na LdC. A LdC era caracterizada por uma escassez de normas processuais que provocavam graves desajustamentos e um elevado número de questões interpretativas sobre os deveres e direitos processuais dos arguidos¹⁸³. Uma das maiores necessidades da AdC era referente ao alargamento dos seus poderes, nomeadamente quanto aos poderes de inquirição (cfr. art. 18.º do NRJC). Assim, e em consonância com as influências europeias, a AdC pode proceder a buscas e apreensões domiciliárias, a veículos ou outros locais de sócios, membros de órgãos ou colaboradores da

¹⁸² Será de verificar o artigo 107º do TFUE. *In* Lei da Concorrência – comentário conimbricense – MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES e GONÇALO ANASTÁCIO, pág. 636.

¹⁸³ *In* Aspetos normativos decisivos para a modernização do Direito da Concorrência em Portugal – GONÇALO ANASTÁCIO (2011), pág. 47.

empresa, nos termos do artigo 18.º do NRJC.

Durante a vigência da LdC as buscas domiciliárias concentravam-se exclusivamente nas instalações das empresas, tendo com o NRJC alargado a sua incidência¹⁸⁴ para os domicílios dos sócios, membros de administração e outros colaboradores da empresa, desde que exista fundada suspeita de existência de prova nestas instalações e tenha sido previamente autorizada por mandato judicial (cfr. art. 19.º do NRJC)¹⁸⁵. O âmbito de realização destas buscas foi ainda alargado a veículos e a outros locais distintos do domicílio pessoal e profissional dos sócios e membros da administração (cfr. art. 19.º, n.º 8 do NRJC).

A nível processual foram também introduzidos dois novos regimes, o de arquivamento com imposição de condições (cfr. art. 23.º e 28.º do NRJC) e o de procedimento de transação (cfr. art. 22.º e 27.º do NRJC). No procedimento de transação¹⁸⁶, a proposta deve ser apresentada pelo próprio visado à AdC, devendo refletir as negociações celebradas entre a AdC e o visado, no qual este vai reconhecer a sua responsabilidade na infração. Após a AdC receber a respetiva proposta de transação deverá proceder à sua avaliação, sendo que a mesma poderá ser rejeitada, caso não possua fundamento, ou então aceite (cfr. art. 22.º, n.º 8 do NRJC). No caso de ser aceite a proposta de transação, a AdC irá emitir nota de transação, que se irá converter em decisão definitiva condenatória e a coima aplicada será substancialmente reduzida. Este procedimento vai mais longe do que o praticado na UE, uma vez que é aplicável não só às situações de existência de cartel¹⁸⁷, mas também às situações de abuso de posição dominante¹⁸⁸.

Relativamente à modalidade de arquivamento com imposição de condições, esta não obtinha previsão expressa na LdC, o que não impediu a sua aplicação a determinados processos¹⁸⁹ pela AdC durante a sua vigência. Pode a AdC aceitar que se imponham compromissos, sugeridos pelos visados, que sejam aptos para eliminar os efeitos anticoncorrenciais da prática restritiva em causa¹⁹⁰. Subsequentemente, o processo será

¹⁸⁴ Esta norma tem correspondência comunitária, previsto nos artigos 20.º, 21.º e 22.º do Reg. 1/2003.

¹⁸⁵ A AdC tem efetivado a realização de buscas às instalações das empresas mediante requerimento ao Ministério Público para a sua realização (comunicado da AdC n.º 03/2015).

¹⁸⁶ A implementação deste procedimento teve inspiração no regime previsto no Regulamento (CE) n.º 773/2004, em virtude das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008, de 30/6/2008.

¹⁸⁷ Existem autores que consideram que este procedimento é mais adequado nos cartéis, uma vez que estes são os ilícitos de concorrência mais graves e mais difíceis de detetar. *In* MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 247.

¹⁸⁸ No comunicado da AdC n.º 19/2013 é possível verificar a atenuação da coima em virtude da submissão de proposta de transação e do pedido de dispensa de aplicação de coima no âmbito do regime de clemência.

¹⁸⁹ A AdC durante a vigência da LdC procedeu ao arquivamento mediante condições conforme consta nos comunicados da AdC n.º 16/2007, n.º 13/2008 e n.º 20/2009. Todos estes casos tiveram por objeto cláusulas de exclusividade em acordos de distribuição e referentes a mercados sem regulação setorial. *In* MANUEL LOPES PORTO, obra citada, nota de rodapé 2, pág. 263.

¹⁹⁰ Esta disposição de arquivamento é semelhante ao previsto pelo artigo 9.º do Reg. 1/2003.

arquivado com a imposição de condições que as empresas deverão ser capazes de cumprir¹⁹¹. No entanto, não é emitida qualquer decisão condenatória, nem são aplicadas quaisquer coimas, pelo que a imposição de condições e consequente arquivamento do processo não impede que a AdC venha a reabrir o processo nos dois anos seguintes caso exista fundamento para o mesmo (cfr. art. 23.º, n.º 7 do NRJC).

Ainda para as práticas restritivas, com a determinação por parte da AdC de aplicação de coimas ou outras sanções, esta poderá ainda impor medidas ou condutas de carácter estrutural indispensáveis para a cessação das práticas restritivas (cfr. art. 29.º, n.º 4 e 5 do NRJC), que reveste um carácter de subsidiariedade ao ser aplicado apenas em última *ratio*¹⁹². Esta foi uma introdução feita pelo NRJC que não tinha consagração na LdC (cfr. art. 28.º da LdC).

Passando para as operações de concentração de empresas, uma empresa que se encontre nessas condições deverá ficar suspensa até que seja proferida decisão, expressa ou tácita, de não oposição pela AdC (cfr. art. 40.º do NRJC¹⁹³, que encontrava semelhante previsão no artigo 11.º da LdC). A regra geral passa a ser de que a falta de notificação ou o desprezo pela decisão tomada pela AdC levará à ineficácia do negócio jurídico (cfr. art. 40.º, n.º 6 do NRJC) e provocando a condenação da contraordenação com coima (cfr. art. 68.º, n.º 1, al. f) do NRJC)¹⁹⁴. Vem este novo regime, diferentemente ao que acontecia com a LdC, retomar a sanção de ineficácia¹⁹⁵.

A decisão de autorização ou proibição das operações notificadas deve basear-se em critérios definidos na lei (cfr. art. 41.º, n.º 1 do NRJC), em cláusula aberta, e visa salvaguardar a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste¹⁹⁶. A apreciação de uma operação de concentração será analisada segundo

¹⁹¹ Como exemplo do arquivamento com condições será de verificar o PRC/2013/05, tendo sido tornados obrigatórios pela AdC (comunicado da AdC n.º 07/2015).

¹⁹² In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 323.

¹⁹³ Artigo 40.º, n.º 1 do NRJC: “É proibida a realização de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes da decisão da Autoridade da Concorrência, expressa ou tácita, de não oposição”.

¹⁹⁴ No mesmo sentido a legislação comunitária define no artigo 7.º do Regulamento (CE) 139/2004 que “uma concentração de dimensão comunitária, tal como definida no artigo 1.º, incluindo as concentrações que serão examinadas pela Comissão nos termos do n.º 5 do artigo 4.º, não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum por uma decisão tomada nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º, ou dos n.º 1 ou 2 do artigo 8.º, ou com base na presunção prevista no n.º 6 do artigo 10.º”.

¹⁹⁵ Foram várias as operações de concentração que por falta de notificação prévia à AdC foram punidas com a aplicação de coimas (comunicado da AdC n.º 11/2014). Destacamos este processo, uma vez que foi o primeiro em que foi aplicado o procedimento de transação num processo em matéria de concentrações de empresas.

¹⁹⁶ In ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, obra citada, pág. 364. Um dos fatores que constavam na LdC era o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional, que deixou de fazer parte da enunciação indicativa nos critérios previstos no NRJC. Artigo 12.º, n.º 2, al. 1) da LdC: “Na apreciação referida

vários fatores (cfr. art. 41.º, n.º 2 do NRJC¹⁹⁷), tais como a estrutura de mercados relevantes, a posição das empresas participantes nestes mercados, a concorrência potencial, entre outros, que possibilitam a realização de um balanço económico¹⁹⁸.

Após a notificação das eventuais operações de concentração, instruído o procedimento e apreciadas as operações, estas são autorizadas - o que demonstra que não existiu qualquer risco para a distorção da concorrência - ou não é autorizada. Neste caso fica demonstrado que a operação é suscetível de criar graves entraves à concorrência efetiva no mercado¹⁹⁹.

Quanto ao método sancionatório das infrações às normas do Direito Nacional da Concorrência, uma vez que este sistema é primordialmente contraordenacional, é necessário verificar que quanto à sua aplicabilidade se nota uma alteração substancial na perceção da legislação de concorrência, pois enquanto que para a LdC seria suficiente a violação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da LdC para se estar perante uma contraordenação (cfr. art. 43.º da LdC), para o NRJC não será suficiente a violação das disposições nacionais dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC, mas também a violação das normas comunitárias dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (cfr.

no número anterior serão tidos em conta, designadamente, os seguintes fatores: o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional”.

¹⁹⁷ Artigo 41.º, n.º 2 do NRJC: “Na apreciação referida no número anterior serão tidos em conta, designadamente, os seguintes fatores: a) A estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não de concorrência por parte de empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos; b) A posição das empresas em causa nos mercados relevantes e o seu poder económico e financeiro, em comparação com os dos seus principais concorrentes; c) O poder de mercado do comprador de forma a impedir o reforço, face à empresa resultante da concentração, de situações de dependência económica nos termos do artigo 12.º da presente lei; d) A concorrência potencial e a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado; e) As possibilidades de escolha de fornecedores, clientes e utilizadores; f) O acesso das diferentes empresas às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento; g) A estrutura das redes de distribuição existentes; h) A evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em causa; i) A existência de direitos especiais ou exclusivos conferidos por lei ou resultantes da natureza dos produtos transacionados ou dos serviços prestados; j) O controlo de infraestruturas essenciais por parte das empresas em causa e a possibilidade de acesso a essas infraestruturas oferecida às empresas concorrentes; k) A evolução do progresso técnico e económico que não constitua um obstáculo à concorrência, desde que da operação de concentração se retirem diretamente ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores”.

¹⁹⁸ A AdC passou a investigação aprofundada vários processos de concentração de empresas (comunicado da AdC n.º 17/2013, n.º 04/2014, n.º 12/2014).

¹⁹⁹ Como exemplo de decisões de oposição às operações de concentração de empresas apresentadas, podemos referir o caso Ongoing/Vertex/Média Capital (comunicado da AdC n.º 4/2010), em virtude de procurar salvaguardar a diversidade e pluralismo da comunicação social. A AdC também proferiu decisão de oposição no caso TAP/Serviços Portugueses de Handling, SPdH (comunicado da AdC n.º 22/2009), para poder impedir que a TAP tivesse a capacidade de deteriorar as condições de acesso das companhias aéreas concorrentes aos serviços de assistência em escala. Recentemente foi proibida a operação de concentração entre Controlinveste/Zon Optimus/PT (comunicado da AdC n.º 10/2014), tendo recusado os compromissos propostos (interposto recurso da decisão da AdC para o TCRS, este confirmou a decisão da AdC – comunicado da AdC n.º 02/2015). Noutro sentido veio a AdC proferir decisão de não oposição ao caso Montepio/Finibanco (comunicado da AdC n.º 11/2010), uma vez que não implicavam quaisquer problemas para a concorrência. O mesmo ocorreu no caso Optimus/ZON, tendo inclusive proposto uma série de compromissos para obviar os eventuais entraves à concorrência (comunicado da AdC n.º 18/2013). Ao consultar o *site* da AdC é possível verificar que há um movimento constante de notificações à AdC para autorização de operações de concentração, sendo proferidas em grande parte decisões de não oposição.

art. 68.º do NRJC). Isto segue no sentido da atribuição à AdC da competência para responder às exigências da UE, em virtude da aplicabilidade direta dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, onde a sua violação passaria a ser sancionada com coima (cfr. art. 68.º, n.º 1, al. b) do NRJC).

As infrações às normas presentes no NRJC e nos artigos 101.º e 102.º do TFUE são puníveis através de coimas que podem ser aplicadas tanto a pessoas coletivas como a pessoas singulares (cfr. art. 73.º do NRJC²⁰⁰). Na LdC já se consagrava esta responsabilização por parte dos titulares dos órgãos de administração das empresas, que estão também sujeitas a coimas por ilícitos violadores de normas concorrenciais (cfr. art. 47.º da LdC). Mas o NRJC também responsabiliza todos aqueles que conhecessem ou devessem conhecer das práticas restritivas e que não adotaram medidas para as evitar²⁰¹.

Os prazos de prescrição (cfr. art. 74.º do NRJC) foram alterados da LdC para o NRJC. Na LdC o prazo geral de prescrição seria de 5 anos (cfr. art. 48.º, n.º 1, al. b) da LdC), sendo reduzido para 3 anos se se estivesse perante os casos previstos no artigo 43.º, n.º 3 e 4 da LdC (cfr. art. 48.º, n.º 1, al. a) da LdC), previsão que foi transposta para o NRJC, mantendo os limites para a prescrição. Porém, o NRJC introduziu, no n.º 3 do artigo 74.º do NRJC, a possibilidade do prazo de prescrição do procedimento contraordenacional ser suspenso, não podendo ultrapassar o limite de 3 anos, sendo que esta possibilidade se aplica qualquer que seja a causa de suspensão, uma vez que não existe qualquer exceção a este preceito (cfr. art. 74.º, n.º 7 do NRJC). Por mera segurança jurídica, o legislador instituiu que a prescrição ocorrerá sempre que tiverem decorrido 5 ou 7 anos e meio no caso das situações do artigo 74.º, n.º 1, al. a) e b) do NRJC (cfr. art. 74.º, n.º 8 do NRJC)²⁰². Por sua vez, nos termos do artigo 25.º, n.º 6 do Reg. 1/2003 a suspensão da prescrição decorre por tempo indeterminado. Os prazos máximos de prescrição serão então de 7 anos e 10 anos e meio, já tendo em consideração a suspensão de 3 anos.

²⁰⁰ Artigo 73.º do NRJC: “Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica”.

²⁰¹ Por exemplo, diretores financeiros, contabilistas, auditores, entre outros. No *cartel das cantinas* foi o primeiro a aplicar coimas a administradores e gerentes individuais das empresas, no valor de 20.000,00€.

²⁰² No caso da Portugal Telecom SGPS, S.A., PT Comunicações, S.A., Zon Multimédia, S.A. e Zon-TV Cabo Portugal, S.A., o procedimento contraordenacional foi extinto por efeito da prescrição (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 1391/09.3TYLSB, de 4/10/2011). No caso do *cartel das cantinas*, este foi sujeito a apreciação do TCRS (sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 19/7/2013), tendo declarado prescrita uma infração de acordo entre empresas e confirmou a verificação de outra infração de intercâmbio de informações entre empresas, mantendo a condenação das empresas pela prática da contraordenação, apesar da redução do valor das coimas aplicadas. Em Março de 2015 este processo veio a prescrever sem que qualquer dos intervenientes tenha sido condenado (Sentença do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 88/12.1YUSTR.L1, de 11/3/2015).

Com a LdC, das decisões proferidas pela AdC havia recurso para o TCL. Este tribunal era competente tanto em matéria contraordenacional como em matéria administrativa²⁰³. Já com o NRJC, foi criado um tribunal de competência especializada com plena jurisdição para decidir sobre os recursos interpostos referentes às decisões da AdC²⁰⁴, nas quais tenham aplicado coimas ou sanções pecuniárias compulsórias (cfr. art. 88.º do NRJC²⁰⁵). O TCRS terá competência para decidir e conhecer questões relativas a recurso, revisão e execução de decisões proferidas pela AdC, bem como de proferir despachos e outras medidas que considere adequadas em processos de contraordenação junto de entidades administrativas, tais como a AdC e as entidades reguladoras setoriais²⁰⁶. O TCRS será competente para decidir em sede de recurso dos processos administrativos e dos processos contraordenacionais²⁰⁷. Das suas decisões cabe recurso para o Tribunal da Relação competente²⁰⁸ (cfr. art. 89.º do NRJC) e deste para o Supremo Tribunal de Justiça (cfr. art. 93.º do NRJC). Os recursos devem ser apresentados no prazo de 3 meses, sendo que o seu efeito será meramente devolutivo (cfr. art. 84.º, n.º 4 do NRJC), ao contrário do efeito suspensivo presente na LdC²⁰⁹, podendo aumentar, reduzir²¹⁰ ou anular a coima a aplicar. Esta alteração do efeito de recurso é uma aproximação ao contencioso da UE, apesar da natureza de regime ser diferente²¹¹. A criação de um tribunal especializado em matéria de concorrência procurou obter uma maior especialização nesta matéria, implicando que os juízes e outros operadores judiciais devam obter uma formação adequada sobre o Direito Nacional da Concorrência e sobre o Direito da Concorrência da União Europeia que o regula.

²⁰³ Tal opção se justificava em virtude de se tratar de um tribunal de competência especializada, conforme tem sido prática imposta pelo Direito da Concorrência da União Europeia, sobretudo para a aplicação de matérias como as práticas concertadas, acordos restritivos e abusos de posição dominante. Ao TCL e à AdC é entregue competência paralela para decidirem das questões suscetíveis de violar os pressupostos presentes nos artigos 101.º e 102.º do TFUE (cfr. art.s 5.º e 6.º do Reg. 1/2003).

²⁰⁴ A criação do TCRS vem na linha europeia de concentração de competências em tribunais especializados para decidir dos recursos das decisões das ANC.

²⁰⁵ Artigo 88.º do NRJC: “O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Autoridade da Concorrência uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória”.

²⁰⁶ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 355.

²⁰⁷ In Comentário às alterações mais relevantes introduzidas pela nova lei da concorrência em Portugal - JOAQUIM CAIMOTO DUARTE e TÂNIA LUÍSA FARIA, obra citada, pág. 124.

²⁰⁸ É competente o Tribunal da Relação de Évora. A escolha da localização para a implementação do TCRS em Santarém não foi a mais adequada, pois se o objetivo é dotar o juízes de competências mais especializadas para decidir em matéria de Direito da Concorrência, sediar o tribunal numa comarca diferente do distrito judicial de Lisboa é contraproducente. Antes da entrada em vigor do NRJC seria o TCL e consequentemente o TRL o tribunal competente para decidir em sede de recurso, sendo que este tribunal teria maiores competências para a melhor decisão dos recursos interposto. A perda do *know-how* obtido pelo TCL e TRL é de difícil reparação em virtude da complexidade e tecnicidade económico-jurídica da matéria. In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 816.

²⁰⁹ Artigo 50.º, n.º 1 da LdC: “Das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo”.

²¹⁰ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 199/11.0TYLSB, de 12/9/2011, onde reduziu as coimas aplicáveis às arguidas do *caso tira-reagentes*. Sentença do Tribunal da Relação de Lisboa, proc.

4.1.3 INTRODUÇÃO DE NOVOS PRECEITOS

Numa perspetiva de melhor concretização no combate às grandes violações das regras da concorrência, é possível verificar que o NRJC veio conceder uma maior liberdade à AdC quanto à definição de prioridades na sua aplicação. Assim, será possível hierarquizar, a nível de prioridade, quais as infrações suscetíveis de investigação. Mas é determinante a garantia do interesse público na promoção e defesa da concorrência que essa finalidade salvaguarda.

O princípio de oportunidade, introduzido no artigo 7.º do NRJC, está relacionado com as eventuais práticas promovidas pela AdC, atribuindo graus de prioridade diferentes para o tratamento das questões que esta entidade é chamada a intervir (cfr. art. 7.º, n.º 1 do NRJC). Com a LdC²¹², a AdC estava obrigada a um princípio de legalidade quanto à promoção da investigação e punição dos ilícitos de concorrência, devendo, sempre que exista uma denúncia, promover a um processo de inquérito e investigação. Com o NRJC são atribuídos vários graus de prioridade para o tratamento das violações das normas concorrenciais. A atuação da AdC no exercício do princípio de oportunidade fica dependente *“de razões de interesse público na perseguição e punição de violações das normas de defesa da concorrência”*. Assim, compete à AdC a identificação das práticas, individuais ou coletivas, suscetíveis de serem consideradas como restritivas da concorrência, bem como a consagração e instrução dos respetivos processos. Uma vez que a AdC age no plano administrativo e no plano contraordenacional, o NRJC veio ampliar substancialmente os seus poderes. O NRJC completou, no âmbito do interesse público na promoção e defesa da concorrência, um princípio de oportunidade, que lhe permitirá definir graus de prioridade no tratamento das questões que irá analisar (cfr. art. 7.º do NRJC).

A AdC proferiu linhas orientadoras²¹³ sobre a aplicação do princípio de oportunidade, enquadrando o entendimento desta autoridade quanto à aplicabilidade deste princípio, nomeadamente com a apresentação de procedimentos a adotar pela AdC na aplicação deste

178/09.8TYLSB.L1, de 28/12/2011, onde altera a sentença na parte da determinação da coima, reduzindo de 1.177.429,30€ para 850.000,00€, mas confirmando a condenação da sentença recorrida.

²¹¹ Enquanto que a nível europeu se trata de um controlo de mera legalidade, a nível nacional estamos perante um sistema jurisdicional de plena jurisdição. In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 817.

²¹² Artigo 24.º da LdC: *“Sempre que a Autoridade tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º, procede à abertura de um inquérito, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes”*.

²¹³ Linhas de Orientação sobre as prioridades no exercício dos poderes sancionatórios relativas à aplicação do artigo 7.º, n.º 1 e 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

princípio²¹⁴. Contudo, este é um princípio mitigado, que visa exclusivamente conceder à AdC maior eficácia no exercício das suas competências. O princípio de oportunidade obtém influência europeia, sendo que a jurisprudência do TJUE tem densificado este ponto²¹⁵.

A introdução do regime de clemência foi outra das inovações (cfr. art.s 75.º e ss do NRJC). No entanto, tal regime não é totalmente inovador, uma vez que já se encontrava previsto no ordenamento jurídico nacional desde a publicação da Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto²¹⁶, tendo sido revogada pelo NRJC. Este regime é de influência comunitária²¹⁷, existindo nos vários Estados-membros um movimento de adequação dos seus ordenamentos jurídicos a este regime, sendo que no caso português este regime está alinhado com o definido pela REC²¹⁸.

Este regime evidencia um quadro legal específico²¹⁹ que permite incentivos a empresas ou particulares que colaborem com a AdC²²⁰ na descoberta de eventuais infrações ou durante as próprias investigações, beneficiando de reduções substanciais das coimas a aplicar ou mesmo

²¹⁴ A 30 de Dezembro de 2014, a AdC emitiu as prioridades para a política da concorrência para o ano de 2015, em cumprimento do artigo 7.º, n.º 3 do NRJC, visando o exercício eficaz dos seus poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

²¹⁵ O TJUE proferiu decisões onde consta o princípio de oportunidade, sobretudo nos Ac. CEAHR, de 15/12/2010, e Ac. Automec, de 18/9/1992. No último indica que “*é legítimo que, para determinar o grau de prioridade a atribuir a um processo que lhe é submetido, a Comissão se refira ao interesse comunitário. Para apreciar este último, deve ter em conta as circunstâncias do caso concreto e, nomeadamente, os elementos de facto e de direito que lhe são apresentados. Cabe-lhe, designadamente, ponderar a importância da infração alegada para o funcionamento do mercado comum, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão de vigilância do respeito dos arts. 85.º e 86 do Tratado*”. Visto in GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, nota de rodapé 6.

²¹⁶ Estabelece o regime jurídico da dispensa e da atenuação especial da coima em processos de contraordenação por infração às normas nacionais de concorrência (Regime de Clemência).

²¹⁷ Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11), de 8/12/2006.

²¹⁸ Em 2006 a REC adotou um programa de clemência modelo, onde estabelece um conjunto de critérios de convergência para os Estados-membros que pretendam adotar programas de clemência. Este modelo servirá para reforçar a segurança jurídica dos requerentes e facilitar o acesso à clemência, prevendo a existência de “*pedidos sumários*” que vão permitir a uma empresa apresentar um pedido abreviado junto das ANC. Finalmente, o programa de clemência modelo da REC deverá funcionar como garantia de transparência ao permitir que as autoridades possam trocar informações entre si relativamente a um pedido de clemência. O regime de clemência também não é propriamente inovador para a Comissão Europeia, uma vez que esta já o aplica desde 1996. Na altura da criação da AdC em 2003 apenas 4 Estados-membros já possuíam programas de clemência, sendo que em 2006, na altura da adoção do regime de clemência em Portugal, eram já 19 Estados-membros que possuíam este regime. Atualmente, o regime de clemência é transversal a todos os Estados-membros da UE.

²¹⁹ A AdC emitiu o Regulamento n.º 1/2013, de 3 de Janeiro, procedimento relativo à tramitação para obtenção de dispensa ou redução da coima nos termos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

²²⁰ Artigo 75.º do NRJC: “*a dispensa ou a redução especial de coimas são concedidas no âmbito de processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo artigo 9.º da presente lei e, se aplicável, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que visem coordenar os seus comportamentos concorrenciais no mercado ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes, nomeadamente através de fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, atribuição de quotas de produção ou de venda, repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restrição de importações ou exportações ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes*”.

da dispensa da sua aplicação²²¹. É um método aplicável especialmente às práticas de cartel²²², além de serem mais gravosas e de não existirem dúvidas quanto à sua influência negativa na defesa da concorrência, são também mais difíceis de identificar sem existir um elemento que denuncie (um *whistleblower*). O regime de clemência permite punir práticas que, pela sua natureza, são de difícil identificação e prova. A adaptação feita pelo NRJC demonstra o alinhamento deste regime com a prática europeia, em virtude de ser aplicado principalmente em situações de cartéis, alargando o leque de empresas que podem beneficiar deste regime²²³.

É de destacar a confidencialidade atribuída aos pedidos de dispensa ou redução da aplicação de coimas pelas empresas, bem como aos documentos e informações que elas prestarem no âmbito do pedido (cfr. art. 81.º do NRJC²²⁴), preceito verdadeiramente inovador do NRJC, uma vez que nem na Lei n.º 39/2006 constava²²⁵. Este é um meio de proteção dos requerentes, pois caso não existisse este princípio de confidencialidade as empresas também não iriam recorrer ao regime de clemência por causa das consequências, nomeadamente de responsabilidade civil²²⁶, que poderiam ocorrer contra estas²²⁷. A principal preocupação assenta na proteção dos documentos apresentados pelo requerente, sendo que além de prever a sua confidencialidade (cfr. art. 81.º, n.º 1 do NRJC), também rejeita a sua reprodução, que aceita ao conceder acesso aos respetivos documentos (cfr. art. 81.º, n.º 2 do NRJC). Mas permite que o pedido seja apresentado sob forma oral, impossibilitando que terceiros possam ter acesso a

²²¹ Deixa de existir um limite máximo de eventuais beneficiários da redução da coima, desde que para isso apresentem informações e provas de valor adicional significativo (cfr. art. 78.º do NRJC).

²²² “*Cartéis são acordos de concertação entre empresas, que combinam entre si preços ou margens, repartem mercados geográficos ou outra forma de segmentação, limitam a produção em dado mercado, o investimento, ou acordam outras formas de coordenação do seu comportamento que acabam por se refletir numa redução da quantidade ou qualidade dos bens e serviços oferecidos no mercado e numa subida do preço. Os cartéis podem ser explícitos, quando assumem uma forma organizada, geralmente secreta para fugir à lei, produzindo em geral evidência escrita, eletrónica ou oral, que respeita às decisões conjuntas e controlo dos prevaricadores do acordo*”. Visto in nota de rodapé 1 da Comunicação 10/2005 da AdC.

²²³ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 334.

²²⁴ Artigo 81.º do NRJC: “*a Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documento e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima*”.

²²⁵ In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 792. Consagra um nível de proteção semelhante ao europeu.

²²⁶ Relacionado com os riscos inerentes ao acesso ao regime da clemência, vem o sistema de *private enforcement* do Direito da Concorrência que permite às empresas e aos particulares afetados por práticas restritivas da concorrência instaurar ações judiciais para obtenção de indemnizações por estas práticas restritivas.

²²⁷ O TJUE, no Ac. Pfleiderer, de 14/6/2011, não impede que um terceiro possa ter acesso aos documentos que deram origem ao pedido de clemência para os usar contra o requerente, devendo para o efeito serem os tribunais nacionais capazes de ponderar os motivos invocados pelo terceiro com os interesses da salvaguarda do Direito da Concorrência, inclusive com o regime de clemência. Também a REC proferiu resolução no sentido de salvaguardar o *public enforcement* e a eficácia do regime de clemência. Assim, ao relacionar este meio de proteção com o regime da clemência, existe o risco do pedido de clemência formulado e os documentos de prova juntos com o pedido poderem ser acedidos por terceiros, pelo que para as empresas não se justifica correrem estes riscos para obterem reduções da coima, quando a responsabilidade civil daí proveniente poder ser substancialmente superior.

estas declarações, mesmo que com a autorização do próprio requerente do pedido de clemência (cfr. art. 81.º, n.º 4 do NRJC²²⁸). O regime de clemência demonstra na consagração das preocupações da Comissão e da REC quanto à confidencialidade dos documentos apresentados e quanto à promoção de um regime específico para a documentação relacionada com este regime²²⁹.

A AdC tem correspondido à aplicação do regime da clemência, tendo no caso do *cartel de tira-reagentes*²³⁰ um exemplo paradigmático da forma como este regime se processa. Este caso tem por base duas decisões proferidas pela AdC, uma de Janeiro e outra de Outubro de 2005, que condenam 5 empresas pela prática concertada de preços no fornecimento de tira-reagentes. O primeiro caso deveu-se a uma denúncia de terceiro e o segundo resultou da colaboração por parte de uma das empresas envolvidas que entregou à AdC documentos demonstrativos de que esta prática não era isolada, tendo ocorrido inclusive noutras situações. Também outra empresa participou na colaboração com a AdC no processo de verificação de práticas restritivas, apesar de ter ocorrido após a notificação de nota de ilicitude, o que implicou que a redução da coima aplicável não fosse tão acentuada. Foram aplicadas coimas às empresas presentes no *cartel dos tira-reagentes*, tendo a empresa que permitiu a verificação desta prática concertada beneficiado de uma redução substancial da coima aplicada. Em 2011, o TCL julgou procedentes os recursos apresentados pelas arguidas, tendo reduzido as coimas aplicadas às infratoras²³¹, decisão também confirmada pelo TRL. Igualmente, o caso do *cartel das cantinas*, em 2009²³², teve origem numa denúncia proferida no âmbito do regime de clemência. O caso

²²⁸ Artigo 81.º, n.º 4 do NRJC: “Ao visado pelo processo não será concedido acesso a cópias das suas declarações orais e aos terceiros será vedado o acesso às mesmas”.

²²⁹ A proteção do acesso a documentos confidenciais que deram origem ao processo de investigação tem consagração no TJUE, nomeadamente no Ac. Donau Chemie, de 6/6/2013, onde até permite que se aceda aos documentos confidenciais, desde que o requerente o permite, pois caso não exista esta autorização tal acesso será proibido. O artigo 81.º, n.º 3 do NRJC prevê esta possibilidade a nível nacional. O acórdão referido indica ainda que “o Direito da União, em especial o princípio de efetividade, opõe-se a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE, incluindo aos documentos comunicados no quando de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem nenhuma possibilidade ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais”.

²³⁰ Decisão da AdC de Janeiro e Outubro de 2005 que aplicam coimas às empresas Abbott, Bayer, Menarini, Roche e Johnson & Johnson por cobrarem preços combinados aos hospitais na venda de tira-reagentes. Esta prática foi identificada em 36 concursos públicos promovidos por 22 hospitais e causaram danos económicos, entre os anos de 2002 e 2003, no valor de 3.2 milhões de euros no segmento hospitalar e de 10.4 milhões de euros ao público. A todas as empresas foram aplicadas coimas pelas infrações, sendo que as empresas Roche e Johnson & Johnson beneficiaram de reduções na coima a aplicar.

²³¹ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, proc. 199/11.0TYLSB, de 12/9/2011.

²³² Por decisão de Dezembro de 2009, foram aplicadas coimas a 5 empresas (Eurest Portugal, Trivalor, Uniself, ICA/Nordigal e Sodexo Portugal) por práticas lesivas da concorrência no mercado de refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes. As empresas aqui envolvidas terão celebrado um acordo

de maior destaque é o do *cartel das gráficas*²³³, iniciado por denúncia de uma empresa, em que fixavam preços e repartiam os clientes entre si. No balanço do ano de 2014 é possível verificar que à AdC foram efetuados seis pedidos de isenção ou redução de coima, desconhecendo quantos obtiveram provimento em virtude de ainda se encontrarem em fase de inquérito²³⁴.

5. PROBLEMAS E INCOMPATIBILIDADES

Antes de nos debruçarmos sobre os problemas que se mantiveram ou que se criaram com a publicação do NRJC, será necessário analisar os problemas que ainda decorrem do sistema contraordenacional presente no regime concorrencial nacional. O Direito Nacional da Concorrência é de natureza quase penal. Contudo, são autoridades administrativas que nas suas decisões aplicam coimas às infrações das normas da concorrência, dando origem a uma acusação quando são impugnadas judicialmente²³⁵, uma vez que irão fazer uma apreciação *ex novo* sobre a matéria. Por outro lado, no Direito da Concorrência da União Europeia o seu regime é marcadamente de direito administrativo europeu, tendo na Comissão Europeia a entidade melhor habilitada para apreciar economicamente as infrações envolvidas²³⁶.

O facto de não existir um regime processual de ilícitos anticoncorrenciais, uma vez que se integra no regime contraordenacional e consagra a nível subsidiário a aplicação das disposições presentes no regime geral do ilícito de mera ordenação social, que tem origem no Direito Penal e no Direito Penal Processual, torna-se num problema para a aplicação das regras da concorrência. O NRJC também mantém a aplicação subsidiária, a nível de recurso²³⁷, do regime de impugnação contenciosa de atos administrativos, relativos aos procedimentos administrativos da AdC (cfr. art. 91.º do NRJC²³⁸). Contudo, pode referir-se a existência de um Direito Sancionatório Contraordenacional que faz a aplicação subsidiária tanto de normas

através do qual praticam uma fixação de preços que seria sujeito em concursos ou convites à contratação dos seus serviços. Neste acordo deveria ser compensado cada um dos participantes no caso de não lhes ser adjudicada a prestação de serviços. Estas infrações abrangeram todo o território nacional e duraram entre 1998 e 2007. Alguns dos arguidos no caso das cantinas interpuseram recurso para o Tribunal Constitucional, proc. 733/10 de 8/2/2012, relativamente à eventual inconstitucionalidade do artigo 26.º, n.º 2 da LdC, quando os arguidos e respetivos defensores não podem estar presentes na audiência oral prevista no referido artigo.

²³³ TCRS confirma a decisão de condenação por práticas restritivas em decisão proferida a 7/3/2014.

²³⁴ *In* Audição Parlamentar – Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública de 18/2/2015 – ANTÓNIO FERREIRA GOMES.

²³⁵ Tal situação não será juridicamente correta, uma vez que a decisão da AdC poderá ser vista como um ato preparatório da própria sentença.

²³⁶ O controlo judicial feito é um controlo de legalidade, sendo que as decisões da Comissão Europeia proferidas em virtude de infrações ao Direito da Concorrência da União Europeia revestem uma presunção de legalidade.

²³⁷ A única situação que implicou o recurso a decisão ministerial (cfr. art. 41.º do EAdC) ocorreu quanto à operação de concentração (Ccen. 22/2005) da Via Oeste (Brisa)/Autoestradas do Oeste/Autoestradas do Atlântico, tendo o Ministro da Economia revogado a decisão da AdC e autorizado a operação de concentração.

²³⁸ A aplicação subsidiária do Direito Administrativo é transportada a partir da LdC (cfr. art. 53 da LdC).

penais como administrativas²³⁹. Mas sempre se procurou introduzir um regime processual administrativo concorrencial sistemático, obtendo uma natureza de processo sancionatório²⁴⁰.

A criação de um tribunal de competência especializada acentua no ordenamento jurídico nacional que decisões sancionatórias não penais são proferidas pelos tribunais comuns e não pelos tribunais administrativos, já que estas decisões são habitualmente consideradas decisões administrativas²⁴¹. O TCRS conhecerá as ações de impugnação de decisões sancionatórias contraordenacionais que tenham sido proferidas por autoridades com poderes de regulação e supervisão. Isto choca com o promovido pelo Reg. 1/2003, em virtude da natureza jurídica distinta dos regimes nacional e europeu.

A mudança de paradigma não foi equilibrada no que toca aos direitos e deveres da AdC, nem relativamente às empresas visadas pelos poderes de investigação. No paralelismo com outras áreas do Direito de mera ordenação social, é possível verificar que não são atribuídas equitativamente as garantias necessárias para as empresas fazerem uso dos seus direitos.

Quanto ao princípio de oportunidade, não nos parece que esta norma seja suficiente para responder adequadamente à proteção dos direitos das empresas, apesar da admissibilidade de recurso das decisões da AdC que eventualmente declinem uma queixa²⁴². A introdução deste princípio segue a jurisprudência europeia do Ac. Automec, mas acaba por não ter influência no sistema nacional, pois a sua implementação pela Comissão teve por base um sistema de competências paralelas que permitia que mesmo que a Comissão não decidisse sobre esse caso, existiriam outras autoridades competentes para o fazer, o que não se verifica em Portugal, onde a AdC tem competência exclusiva para fiscalizar as infrações à concorrência²⁴³. No entanto, critérios tão amplos também poderão levar à eventualidade de denegação de justiça²⁴⁴.

²³⁹ A aplicação subsidiária de normas penais está relacionada com a prática de tipos de ilícito contraordenacional e da tramitação dos tribunais competentes, enquanto que as normas administrativas estão relacionadas com a aferição do procedimento tendente a uma decisão sobre a responsabilidade da prática de um ilícito. No mesmo sentido ver: O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional – MIGUEL PRATA ROQUE, pág. 114.

²⁴⁰ Tal ambição culminou com a publicação do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, que procurou criar um regime para um conjunto de ilícitos de natureza para-penal referentes a violações de normas que procuravam colocar em prática medidas para desenvolvimento da economia. Neste regime, procurava-se separar entre o Direito Penal e o Direito de mera ordenação social, de forma a respeitar as iniciativas económicas permissivas do desenvolvimento da economia. *In* O Processo na Lei da Concorrência – NORBERTO SEVERINO, pág. 125.

²⁴¹ *In* MIGUEL PRATA ROQUE, obra citada, pág. 140.

²⁴² Esta alteração visa aligeirar o fardo administrativo da AdC, considerando que com a LdC sempre que fossem efetuadas denúncias esta teria de proceder obrigatoriamente à abertura de processos para apurar da viabilidade dessas denúncias, permitindo à AdC uma melhor gestão dos seus recursos.

²⁴³ Prosseguir um sistema de legalidade, à semelhança do francês, será mais adequado para ordenamentos jurídicos que ainda não possuem uma autoridade com maturidade suficiente para usufruir de um princípio de oportunidade. Esta posição obtém o apoio de MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 66 e 67.

²⁴⁴ JOAQUIM CAIMOTO DUARTE, obra citada, pág. 122 apresenta semelhante posição neste ponto.

Contudo, o NRJC permite que a recusa ocorra em virtude da probabilidade reduzida de conseguir provar a existência de uma infração anticoncorrencial ou de as diligências necessárias para a investigação dessa infração serem de dificuldade acrescida²⁴⁵. Nestes casos, considera GONÇALO ANASTÁCIO que mesmo para se verificar a recusa, será necessário proceder a uma breve investigação por parte da AdC para poder recusar a respetiva queixa, sem que para o efeito recorra exclusivamente aos critérios normativos tipificados no artigo 7.º, n.º 2 do NRJC²⁴⁶. A adoção de um critério de prioridade no tratamento destas infrações deixará que muitas não tenham uma atuação eficaz, sendo que os tribunais nacionais não terão a capacidade para se pronunciar sobre tais matérias. Assim, considera ser preferível que as eventuais diligências de investigação que sejam praticadas estejam inseridas num processo formal, de forma a permitir às empresas fazer uso do seu direito de contraditório.

Nas decisões de condenação por abuso de posição dominante (cfr. art. 11.º do NRJC), existe uma certa dificuldade na questão do ónus da prova quanto à justificação para esse comportamento, onde a jurisprudência nacional ainda não respondeu adequadamente. A nível europeu, é à “*acusação*” que cabe apresentar prova dos factos constitutivos da infração, posição que tem sido assumida pela AdC nas suas decisões finais. Mas para os tribunais nacionais deve ser produzida prova não só dos factos constitutivos, mas também dos extintivos, caso contrário aplicam o princípio de *in dubio pro reo*²⁴⁷. Assim, invoca uma proteção de Direito Penal, que não será adequada por a AdC não ter apresentado justificação objetiva da prática anticoncorrencial, limitando a instrução do processo à aplicação do Direito Sancionatório Concorrencial de natureza penal. Para PAULO DE SOUSA MENDES, a jurisprudência deverá considerar que a empresa em posição dominante terá melhores condições para apresentar prova para justificar o seu comportamento, de acordo com o artigo 2.º do Reg. 1/2003²⁴⁸.

O NRJC implementou uma redução no prazo para prestação de informações pelas empresas, uma vez que reduziu para 10 dias o anterior prazo de 30 dias (cfr. art. 15.º, n.º 2 do

²⁴⁵ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 331.

²⁴⁶ Artigo 7.º, n.º 2 do NRJC: “*A Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.

²⁴⁷ In PAULO DE SOUSA MENDES, obra citada, pág. 244.

²⁴⁸ In PAULO DE SOUSA MENDES, obra citada, pág. 245. A jurisprudência do TJUE também segue neste sentido no Ac. Microsoft, de 17/9/2007, tal como a Comissão que o expõe na comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE, JO C 45, de 24/2/2009.

NRJC e artigo 18.º, n.º 2 da LdC). Apenas se considerou o princípio da celeridade processual com a redução deste prazo, já por si só curto para fazer face às exigências de prestação de informações. Mas não se adequou o NRJC à realidade diária das empresas, bem como à complexidade das informações habitualmente solicitadas. Isto é inadequado à durabilidade da instrução dos processos pela AdC, pois a alteração deste prazo não terá qualquer relevância para a redução da duração dos processos, podendo provocar uma defesa deficiente às empresas.

O alargamento de competências nas buscas domiciliárias levantaram vários problemas de incompatibilidade com o sistema nacional. As buscas domiciliárias (cfr. art. 19.º do NRJC²⁴⁹) apenas poderão ocorrer desde que previamente a AdC obtenha mandato judicial para o efeito. Isto levanta dúvidas em virtude do regime da concorrência ser de carácter contraordenacional e não penal. Os ilícitos concorrenciais não possuem a mesma gravidade que os ilícitos penais, pelo que será necessário fazer uma adequação quando se proceda às buscas domiciliárias²⁵⁰. No Direito Processual Penal, a realização de buscas depende da existência de indícios de que determinado documento ou objeto de prova se encontre no local sujeito de busca (cfr. art. 174.º, n.º 2 do CPP²⁵¹), mas para o NRJC será suficiente que na realização de buscas domiciliárias exista “*fundada suspeita*” de que irão encontrar provas de violação das regras da concorrência. Compreendemos a necessidade da AdC proceder desta forma, pois seria de extrema dificuldade a obtenção de prova considerando a especificidade das infrações que sanciona, mas não deverá justificar a atenuação do funcionamento do método de investigação através de um conceito lato como a “*fundada suspeita*”. Será fundamental que a nível judicial, na altura de obtenção do mandato judicial, exista um juízo de ponderação de proporcionalidade pelas entidades competentes, para se verificar a proporcionalidade do ilícito em causa que provoque a necessidade da prática deste método de investigação e obtenção de prova²⁵².

O NRJC permite a apreensão de documentos, independentemente do seu suporte. Para ocorrer esta apreensão será essencial verificar a necessidade da realização desta diligência e

²⁴⁹ Artigo 19.º do NRJC: “*Existindo fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, de membros de órgãos de administração e de trabalhadores e colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave dos artigos 9.º ou 11.º da presente lei ou dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode ser realizada busca domiciliária, que deve ser autorizada, por despacho, pelo juiz de instrução, a requerimento da Autoridade da Concorrência*”.

²⁵⁰ No sentido de proceder à adequação na realização das buscas domiciliárias, também GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 338, perfilha de opinião semelhante.

²⁵¹ Artigo 174.º, n.º 2 do CPP: “*Quando houver indícios de que os objectos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca*”.

²⁵² No caso do *cartel do sal* (Sentença do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 7251/07, de 7/11/2007) verificou-se que a condenação das empresas teve por base a apreensão de documento durante as buscas realizadas e que descrevia o esquema de compensação das empresas.

que a mesma ocorra mediante autorização judicial (cfr. art. 18.º, n.º 1, al. c) e artigo 20.º, n.º 1 do NRJC). O NRJC permite que no caso de existir urgência ou perigo na demora, em virtude de eventual destruição de prova ou perda de informação, a apreensão poderá ocorrer sem autorização judicial para o efeito (cfr. art. 20.º, n.º 2 do NRJC).

Na apreensão de documentos e mensagens por correio eletrónico, apesar de tal ser permitido e obter correspondência europeia (cfr. art. 20.º, n.º 2, al. b) do Reg. 1/2003), esta deveria continuar a ser motivo de proibição de prova²⁵³. O regime presente em Portugal é de mera ordenação social, em que os ilícitos são punidos pelo sistema contraordenacional, pelo que na sua aplicação subsidiária se verifica que são proibidos os meios de prova que violem a correspondência ou meios de telecomunicações²⁵⁴. É evidente que a apreensão destes documentos nas buscas domiciliárias no exercício dos poderes de investigação da AdC é manifestamente violadora dos princípios constitucionais nacionais²⁵⁵. Quanto à questão do correio eletrónico, o NRJC não é claro, pois não prevê especificamente a possibilidade de apreensão, apenas refere a possibilidade para documentos independentemente do seu suporte²⁵⁶.

O procedimento de transação traz vantagens, já que a admissão de culpa permite uma redução considerável da coima e os factos motivadores não poderão ser novamente sujeitos a um processo de contraordenação por infração da concorrência. No entanto, é de criticar a ausência de disposição, à semelhança europeia, a excluir que a manifestação da intenção de iniciar conversações implique que as partes reconheçam a sua participação numa infração ou a sua responsabilidade face à mesma, não permitindo a garantia dos direitos de defesa dos visados pelo inquérito²⁵⁷. Para que o procedimento produza efeitos é necessário que as empresas admitam a culpa na infração e que tenham receio em serem condenadas pela infração ou de serem intentadas ações de indemnização por terceiros em virtude dessa infração. As empresas também podem beneficiar de uma redução cumulativa se recorrerem ao regime de clemência

²⁵³ Ver na jurisprudência nacional a Sentença do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. 607/06, de 29/03/2006. In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 57. A CRP consagra a inviolabilidade do sigilo da correspondência, em virtude da proteção dos bens jurídicos fundamentais da dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, garantia da liberdade individual e da privacidade. Para maiores desenvolvimentos será de consultar MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 229.

²⁵⁴ Artigo 42.º, n.º 1 do RGCO: “Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional”.

²⁵⁵ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 338. Ao contrário do artigo 34.º da CRP.

²⁵⁶ No entanto poderia considerar estes documentos semelhantes à correspondência tradicional, quando estas constassem como lidas. Portanto o NRJC não atribui à AdC a capacidade para apreensão de correio eletrónico que se encontre na caixa de entrada, mas noutro suporte como o papel ou outro suporte digital, tal como refere MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 235.

²⁵⁷ Em sentido semelhante vem MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 250, referir que a este procedimento se reconhece vantagens na promoção da celeridade processual e na racionalização de recursos, apesar de que os seus efeitos poderiam ser superiores caso tivesse adotado uma maior harmonização com as práticas europeias.

(cfr. art. 22.º, n.º 14 do NRJC), pois não existe limite máximo para a redução da coima²⁵⁸.

No processo de arquivamento com imposição de compromissos é essencial a presença de um critério de coerência por parte da AdC entre este e a aplicação de decisões condenatórias, visto que é exetável que daí se obtenham resultados positivos para a concorrência. Se a empresa, na fase de inquérito, sujeita a compromissos os não cumprir, o NRJC não prevê que essa conduta seja tida como contraordenação, ao contrário de se o mesmo ocorrer em sede de instrução. Este artigo priva de eficácia a sua própria solução ao introduzir as disposições europeias e as soluções para os controlos de operações e para as injunções de processo penal²⁵⁹.

A possibilidade de aplicação de medidas de carácter estrutural reforça as competências da AdC a nível processual, apesar de ser um instrumento de aplicação excecional²⁶⁰. Esta não deverá ser aplicada apenas no caso de outra solução não ser adequada, pressupondo a realização de um teste de proporcionalidade antes desta ser aplicada (cfr. art. 7.º do Reg. 1/2003)²⁶¹.

A principal crítica que se coloca à tripartição de condição para a notificação das operações de concentração de empresas é a manutenção do critério de quota de mercado. Esta determinação tem inerente uma condição de ausência de segurança jurídica²⁶². Neste conceito se obriga uma determinação prévia do mercado relevante em que a empresa se insere, podendo suscitar dúvidas nesta própria determinação. Apesar do princípio de harmonização da lei nacional da concorrência com as normas europeias, o NRJC, neste ponto da quota de mercado, não teve em consideração este princípio, pois manteve o critério da quota de mercado em contradição com o movimento de eliminação deste critério pelos Estados-membros. Neste sentido, GONÇALO ANASTÁCIO considera que este critério devia ser eliminado, dando lugar a opções intermédias²⁶³. Apesar do critério da quota de mercado não ter sido eliminado, adotou-se uma opção intermédia (cfr. art. 37.º, n.º 1, al. b) do NRJC). No entanto, consideramos que é adequado à fragilidade económica portuguesa, uma vez que se fosse adotado o critério único comunitário (volume de negócios), muitas empresas nacionais deixariam de estar obrigadas a notificar as suas operações de concentração, fugindo ao controlo administrativo da AdC.

No exercício de poderes de investigação e de auditoria (cfr. art. 63.º do NRJC), a AdC

²⁵⁸ Conclusão que também é partilhada por MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 258.

²⁵⁹ In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 272.

²⁶⁰ Conforme também expressa GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 339.

²⁶¹ In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 322.

²⁶² Esta conclusão é inevitável, pelo que também será partilhada por MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 412.

²⁶³ Deviam ser consideradas a manutenção de um critério de quota de mercado, mas cuja notificação fosse meramente voluntária, a combinação do sistema de quota de mercado com um valor mínimo de faturação de duas das empresas envolvidas ou a possibilidade da AdC analisar a concentração posteriormente no caso de exceder determinado limiar de quota de mercado, tal como expressa GONÇALO ANASTÁCIO (2011), obra citada, pág. 48.

pode apreender documentos e efetuar buscas. As informações daí provenientes poderão ainda ser utilizadas nos processos sancionatórios, mas violam o princípio de não autoincriminação²⁶⁴. Isto significa que a AdC pode utilizar num processo contraordenacional as informações obtidas através de um procedimento de supervisão, levando a que as empresas envolvidas não se possam defender. Para GONÇALO ANASTÁCIO²⁶⁵, tal situação viola o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* quando a AdC recorre ao procedimento de supervisão para averiguar da existência de indícios de infrações à concorrência em vez de recorrer aos poderes de investigação em sede de inquérito. Compreendemos a posição deste autor, uma vez que com a colaboração das empresas²⁶⁶ com a AdC na prestação de informações, através das inspeções e auditorias realizadas no âmbito do artigo 63.º do NRJC, não terão direito a usar o contraditório. O direito de defesa está em causa: mesmo que ocorra o contraditório, este terá por base um pressuposto diferente do que ocorre se fosse realizado em sede inquérito. As informações prestadas poderão acarretar a autoincriminação das empresas, caso levem à instauração de um processo contraordenacional, diminuindo a sua capacidade de defesa.

Relativamente à responsabilização de pessoas singulares pela prática de ilícitos concorrenciais, a interpretação desta norma deve ser feita de forma restritiva, devendo ser aplicadas coimas pela infração apenas quando se estiver perante infrações graves (como nos cartéis). Se estas coimas forem aplicadas, esta não poderá exceder o montante correspondente a 10% da sua remuneração anual bruta auferida na empresa infratora (cfr. art. 69.º, n.º 4 do NRJC)²⁶⁷. No entanto, esta medida não parece ser adequada à aplicação a pessoas apenas em posição de liderança. Para combater estas infrações pelos administradores ou gestores, devem ser promovidos programas de formação para identificação de quais os comportamentos que poderão violar as normas de concorrências e quais as consequências que daí advêm²⁶⁸.

Um dos maiores problemas da AdC era a prescrição, permitindo a muitas empresas não serem condenadas por terem sido ultrapassados os prazos de prescrição²⁶⁹. Um sistema de

²⁶⁴ O Tribunal Constitucional (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, de 11/10/2011) pronunciou-se no sentido de permitir a utilização destas informações no âmbito dos processos contraordenacionais.

²⁶⁵ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 343.

²⁶⁶ Obrigação a que estão sujeitas segundo o artigo 64.º, n.º 4 do NRJC.

²⁶⁷ Este preceito tem influência europeia (cfr. art. 23.º, n.º 2 do Reg. 1/2003), pelo que se estranha a sua adaptação no artigo 73º, n.º 6 do NRJC, uma vez que este se refere a coimas para violações de pessoas coletivas, como também é detetado por MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 746.

²⁶⁸ Isto implica o exercício de práticas de *advocacy*, que também encontra apoio em GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 340 e 341.

²⁶⁹ In ANDRÉ SILVA, obra citada, pág. 54. No entanto, a complexidade inerente aos processos por infrações das normas de Direito da Concorrência também levavam a que muitos processos não chegassem ao fim e que as empresas acabassem por não serem condenadas pelas eventuais infrações. Ver nota de rodapé 202 para exemplos de processos que foram encerrados em virtude do prazo de prescrição.

recurso, protetor dos interessados, é certo, leva ao arrastamento dos processos, num regime em que se espera a promoção da celeridade e economia processual, é paradoxo o aumento dos respetivos prazos de prescrição²⁷⁰. Com o NRJC não foram alterados os prazos, mas introduzida a previsão de suspensão dos mesmos. A suspensão suscita grandes preocupações, pois se o objetivo da prescrição for provocar a conclusão mais célere dos processos, esta aparece em sentido contrário apesar da definição das causas da suspensão dos prazos²⁷¹. Estes prazos de prescrição pecam pelo excesso, considerando a natureza dos processos, quando os processos administrativos procuram uma célere resolução²⁷².

Com o NRJC, os recursos judiciais²⁷³ passam a ter efeito devolutivo e não suspensivo como vinha previsto na LdC (cfr. art. 50.º, n.º 1 da LdC). Ou seja, caso uma empresa seja condenada por infrações à concorrência, se intentar recurso da decisão deverá pagar na mesma a coima aplicada²⁷⁴. Esta norma é mais rigorosa do que a prática europeia, uma vez que este teria a faculdade de dispensar a prestação da caução²⁷⁵. Retira-se desta alteração que as consequências do efeito devolutivo poderão ser substancialmente prejudiciais para a empresa visada, em virtude do pagamento antecipado da multa, além de que ao verificar a realidade atual que o país atravessa, esta alteração poderá afetar a sustentabilidade económica das empresas²⁷⁶.

Identifica-se a incoerência do NRJC ao permitir a existência de recurso nos casos de arquivamento liminar e no fim de inquérito e no caso de arquivamento em sede de instrução não existir qualquer proteção para o denunciante²⁷⁷. É da maior utilidade consagrar para todo o procedimento um regime uniforme para o denunciante, que permitisse agir devidamente em

²⁷⁰ Outros autores, como GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 348 e MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 757, também partilham desta posição

²⁷¹ In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 758. A definição das causas de suspensão dos prazos de prescrição não deve supor uma aplicação arbitrária, funcionando como meio administrativo de prolongar uma decisão.

²⁷² Para maiores desenvolvimentos será de consultar MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 765.

²⁷³ Nos recursos para o TCRS, o prazo para intentar recurso é de 30 dias (cfr. art. 87.º, n.º 1 do NRJC), considerado reduzido para a complexidade e extensão que estes processos habitualmente revestem, que fica aquém dos prazos de dois meses praticados pelo TFUE (cfr. art. 263.º do TFUE). In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 809.

²⁷⁴ Esta situação poderá ser contornada através do pagamento de caução e não da totalidade da coima aplicada, caso a execução não cause “*prejuízo considerável*”, passando a possuir efeito suspensivo desde que a caução seja prestada (cfr. art. 84.º, n.º 4 do NRJC). Em sentido semelhante prescreve o artigo 92.º, n.º 3 do NRJC relativamente ao recurso de decisões dos procedimentos administrativos da AdC, apesar de existir efeito suspensivo dos recursos desde que tenham sido atribuídas medidas cautelares, semelhante ao artigo 55.º, n.º 2 da LdC.

²⁷⁵ Esta alteração é semelhante à prática europeia, mas que não se adequa à natureza do sistema nacional de plena jurisdição e de índole penal, ao contrário da UE que tem um sistema de natureza administrativa. Neste sentido ver o Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 5 de Outubro de 2011, Romana Tabacchi Srl c. Comissão Europeia, proc. T-11/06, Col. 2011 II-06681.

²⁷⁶ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 346.

²⁷⁷ Isto mostra-se incompatível com a promoção de uma política efetiva e vigorosa da concorrência, ao permitir que a AdC possa arquivar um processo, abstendo-se de a investigar e levando a resultados danosos para os operadores económicos em termos de prevenção geral. Esta norma afasta-se da prática europeia e é de duvidosa constitucionalidade. Também MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 812 segue uma posição semelhante.

sede de recurso em todas situações²⁷⁸. Outro problema será compatibilizar a possibilidade de recurso previsto nos artigos 8.º, n.º 4 e 24.º, n.º 5 do NRJC com o artigo 84.º, n.º 2 do NRJC que institui que “*não é admissível recurso de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições*”. Assim, a inadmissibilidade de recurso apenas se deverá verificar quando este for interposto pelo arguido e este não tenha interesse em agir²⁷⁹. No entanto, para GONÇALO ANASTÁCIO, a inadmissibilidade de recurso pelo arguido apenas deverá ser aplicável a situações de arquivamento dos processos de inquérito em que forem determinadas a imposição de condições (cfr. art. 23.º do NRJC), uma vez que o visado apresenta compromissos para proceder à eliminação dos efeitos restritivos da concorrência²⁸⁰.

O efeito de plena jurisdição do TCRS permite que, em sede de recurso, possa aumentar, reduzir ou anular a aplicação de uma coima aplicada num processo contraordenacional por violação das normas concorrenciais, levando ao afastamento do princípio da proibição *reformatio in pejus*²⁸¹. Como estamos perante processos contraordenacionais, estes têm influência do processo penal, pelo que se deveria aplicar este princípio. O NRJC seguiu a tendência europeia ao permitir conhecer dos recursos com plena jurisdição, uma vez que esta solução não será contrária às garantias de defesa das empresas²⁸². Isso iria provocar no arguido o receio de utilizar os meios jurisdicionais de recorrer de decisão condenatória devido à possibilidade de ver a punição ser agravada. Para a AdC iria libertar a utilização de recursos consumidos por este tipo de processos, pois as empresas passariam a ter uma postura cautelosa quanto à interposição de recursos, devido à possibilidade de aumento da coima²⁸³.

Antes da publicação do NRJC é possível verificar que a atuação da AdC ficou aquém das expectativas, uma vez que os processos concluídos com a imposição de sanções são de reduzido número, ao contrário do número elevado de processos que foram arquivados. É também circunstancial que grande número de decisões sujeitas ao escrutínio dos tribunais

²⁷⁸ Esta posição ganha também apoio em GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 332.

²⁷⁹ A falta de interesse em agir refere-se às decisões de arquivamento sem condições ou às decisões de arquivamento com condições que correspondam aos compromissos assumidos voluntariamente pelo arguido. In MANUEL LOPES PORTO, obra citada, pág. 815.

²⁸⁰ In GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, nota de rodapé 8.

²⁸¹ Quanto à possibilidade de recurso das decisões proferidas pelas ANC o NRJC não foi propriamente inovador ao permitir que as decisões proferidas pelos tribunais competentes sejam suscetíveis de reduzir ou aumentar a coima aplicada. A nível comunitário, já se previa esta possibilidade no artigo 31.º do Reg. 1/2003, demonstrando assim que o teor do artigo 88.º, n.º 1 do NRJC acaba por ser a transposição da norma comunitária em sede de recursos judiciais. O afastamento do princípio *reformatio in pejus* leva a que outros autores, tal como GONÇALO ANASTÁCIO (2013), obra citada, pág. 345, se pronunciem também neste sentido.

²⁸² Esta é a posição adotada no acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Menarini c. Itália (Acórdão do TEDH, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália, petição 43509/08, de 27/9/2011). In PAULO DE SOUSA MENDES, obra citada, pág. 247.

²⁸³ In JOAQUIM CAIMOTO DUARTE, obra citada, pág. 124.

nacionais em recurso foram alvo de consideráveis anulações²⁸⁴.

6. CONCLUSÃO

O Direito da Concorrência, apesar de ser recente e de ser ainda alvo de um menor tratamento dogmático pelas jurisdições europeias, tem assumido um grande ímpeto de maturação. O Direito Nacional da Concorrência é embrionário das práticas europeias da defesa da concorrência, transposto muitas das suas valias para o ordenamento jurídico nacional.

O desenvolvimento interno tem ocorrido a par das constantes inovações e adaptações da UE enquanto instituição e pelo constante movimento europeu. Uma UE unida por princípios socioeconómicos não está livre de incompatibilidades na promoção e aplicação do Direito da Concorrência pelos Estados-membros, daí que o processo de modernização das normas de aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia se tenha traduzido numa eficaz prática decisória pela Comissão e pelas ANC, em virtude do processo de descentralização.

Portugal não pode ser indiferente às práticas europeias, tendo para isso criado a AdC e dotado de poderes necessários para a eficaz defesa da concorrência. Mas não foi simples a introdução de competências nas autoridades nacionais, sobretudo no caso dos tribunais, pois além de ser um ramo do Direito ainda desconhecido para muitos dos juristas nacionais, também não possuíam os conhecimentos necessários, não apenas jurídicos, para corresponder às situações práticas que lhes eram apresentadas. Atualmente, já existe uma maior abertura por parte dos intervenientes diretos nas práticas decisórias para obter as competências necessárias para a correta aplicação do Direito da Concorrência.

No entanto, a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia em simultâneo com o Direito Nacional da Concorrência, apesar dos esforços realizados pela Comissão com a descentralização de competências pelo Reg. 1/2003, ainda não encontra em Portugal a aplicação necessária. É verdade que ainda não existiram casos suficientes para, por exemplo, recorrer às autoridades europeias para decidir estes conflitos de jurisdições. Mas os próprios tribunais têm a tendência de evitar recorrer ao reenvio dos processos para o TJUE ou de aplicar as normas europeias da concorrência. Portanto, existe a tendência de estes órgãos judiciais aplicarem as normas nacionais da defesa da concorrência em detrimento das europeias, arguindo habitualmente que não se encontram preenchidos os pressupostos para a sua aplicação. Felizmente, a harmonização da legislação nacional às práticas europeias permitirá que esta

²⁸⁴ Esta é uma conclusão que a prática jurídica nacional tem evidenciado e que também é partilhada por JOAQUIM CAIMOTO DUARTE, obra citada, pág. 120.

tendência não implique decisões contrárias ao Direito da Concorrência da União Europeia.

Apesar da reforma da legislação nacional ter sido promovida por elementos externos, esta era necessária e urgente para dotar a AdC de melhores competências, sobretudo ao nível do processo, bem como para simplificar a forma de aplicação por outras entidades. O facto de esta reforma se ter debruçado especialmente em adequar o regime nacional ao regime concorrencial europeu apenas traz vantagens, pois passa a ser possível haver uma aplicação harmoniosa em simultâneo com o Direito da Concorrência da União Europeia. Porém, nem todos os problemas que advinham da LdC foram resolvidos, pois apenas se procurou adequar à realidade europeia e assim se descurou a realidade nacional. A economia portuguesa passa por uma fase demasiado frágil, não possuindo ainda uma estrutura suficientemente estável para que as práticas concorrenciais sejam dignas de promover uma concorrência eficaz junto dos seus operadores económicos. É certo que a AdC passou a ter maiores poderes para combater as práticas restritivas da concorrência, mas abdicou-se da segurança jurídica das empresas.

Um dos principais objetivos da *Troika* era distanciar o Direito da Concorrência do Direito Administrativo e do Direito Processual, situação que não se veio a concretizar. O NRJC por diversas vezes remete para a aplicação supletiva do regime contraordenacional, de natureza para-penal, e para o Código de Procedimento Administrativo, de natureza administrativa. Assim, um ramo do Direito que se espera autónomo acaba por estar constantemente influenciado por normas de outros ramos de naturezas contrárias, levando à inevitável confusão de conceitos e provocando a existência de incompatibilidades na sua aplicação.

A análise do NRJC permite identificar várias situações de insegurança jurídica para as empresas, precisamente por procurar admitir meios de defesa habituais no Direito Penal e no Direito Administrativo que simplesmente não se adequam ao Direito da Concorrência. A título de exemplo, os meios de obtenção de prova previstos pelo NRJC ferem a segurança das empresas ao permitir efetuar determinadas buscas e apreensões de documentos em formato digital, que habitualmente são proibidos pelo Direito Penal. É evidente que estes meios são fundamentais para a obtenção da difícil prova de práticas restritivas por parte das empresas, mas, devido à sua natureza, poderão provocar conflitos. A permanente dúvida quanto à natureza do regime sancionatório envolvente ao Direito da Concorrência leva a situações de instabilidade para a sua defesa, pelo que enquanto não for criado um verdadeiro Direito Sancionatório Concorrencial não será possível concretizar a real aplicação do Direito da Concorrência.

Efetivamente, foram introduzidas pelo NRJC novas competências a nível da instrução do processo sancionatório por infrações das normas da concorrência, que irão permitir dotar a

AdC de melhores competências para a descoberta e punição de infrações à concorrência. Contudo, estas ainda não serão suficientes para corresponder às necessidades que estas infrações exigem para uma eficaz economia de mercado.

É evidente que o percurso a percorrer pelo Direito Nacional da Concorrência ainda é longo, mas que se encontra num bom caminho, pois as exigências socioeconómicas assim o ditam. A proteção dos consumidores ainda não foi totalmente assegurada, mas foi dado um passo de gigante nesse sentido, uma vez que as autoridades competentes estão dotadas de melhores armas para a proteção da livre concorrência.

Finalmente, consideramos que as práticas decisórias da AdC e dos tribunais nacionais têm correspondido às expectativas que motivaram a reforma da legislação de Direito da Concorrência, sendo mais e melhor fundamentadas, transmitindo uma maior segurança na defesa dos direitos das empresas e dos consumidores. Assim se espera uma redução de práticas restritivas e da existência de concentrações de empresas dominadoras do mercado, permitindo o livre acesso por parte de novos concorrentes e garantindo a proteção dos consumidores, os principais prejudicados pela aplicação deficiente do Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA:

ANASTÁCIO, Gonçalo (2011), “Aspetos normativos decisivos para a modernização do Direito Comunitário em Portugal”. Revista de Concorrência e Regulação. Ano II – Número 5 (Janeiro-Março), 43-55.

ANASTÁCIO, Gonçalo e SAAVEDRA, Alberto (2013), “A Nova Lei da Concorrência Portuguesa – Notas Preliminares”. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 73 – número 1 (Janeiro-Março 2013), 327-360.

BENIGNO-WISSKIRCHEN, Renata (2010), “O desempenho da Rede Europeia da Concorrência – REC – e seus Membros no processo de modernização do controlo da concorrência na União Europeia”. Tese Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

CALDEIRA, Margarida (2014a), “Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnico Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais”. Revista de Concorrência e Regulação. Ano IV – número 13 (Janeiro-Março), 279-302.

CALDEIRA, Margarida (2014b), “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Janeiro de 2014 e Decisão Sumário do Tribunal Constitucional de 21 de Maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das Regras de Concorrência a Ordens Profissionais e foro competente”. Revista de Concorrência e Regulação. Ano IV – número 16 (Outubro-Dezembro), 401-416.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto (2014), “A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da concorrência”. Tese Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

DUARTE, Joaquim Caimoto e FARIA, Tânia Luísa (2012), “Comentário às alterações mais relevantes introduzidas pela nova Lei da Concorrência em Portugal”. Actualidad jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.º 32(2012), 120-124.

FERREIRA, João E. Pinto (2006), “Enquadramento das leis de defesa da concorrência em Portugal”, in Soares, António Goucha e Marques, Maria Manuel Leitão (orgs.), Concorrência Estudos, Almedina, 203-236.

FERRO, Miguel Sousa (2015), “A definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência”. Almedina.

GOMES, António Ferreira (2015), “Audição Parlamentar – Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública de 18 de Fevereiro de 2015”. Autoridade da Concorrência.

GOMES, Paulo Jorge (2005), “O Regulamento 1/2003 – As relações entre a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais”. Verbo Jurídico.

HENRIQUES, Miguel Gorjão (1998), “Da distribuição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição”. Almedina.

MATEUS, Abel M. (2004), “A descentralização de competências comunitárias sobre práticas da concorrência: as novas competências da Autoridade”. Seminário: O novo regimento jurídico da concorrência: que implicações para as profissões forenses nacionais? OA.

MENDES, Paulo Sousa (2012), “O contencioso da concorrência: Balanço e perspectivas em função da reforma do Direito da Concorrência português”. Revista de Concorrência e Regulação. Ano III – Número 10 (Abril-Junho), 235-249.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui (2010), “Constituição Portuguesa Anotada”. Tomo I – 2ª Edição. Coimbra Editora.

MORAIS, Luís Domingos Silva (2006), “Empresas comuns Joint Ventures – no Direito da Concorrência da União Europeia”. Almedina.

PAIS, Sofia Oliveira (2011), “Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu”. Universidade Católica Portuguesa.

PEIXOTO, Ana Sofia Nunes (2013), “A reforma da política europeia de concorrência associada ao grande alargamento a oriente – o caso do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e suas implicações no programa de ajustamento português”. Tese de Mestrado pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade Técnica de Lisboa.

PORTO, Manuel Lopes, VILAÇA, José Luís da Cruz, CUNHA, Carolina, HENRIQUES, Miguel Gorjão e ANASTÁCIO, Gonçalo (2013), “Lei da Concorrência – comentário conimbricense”. Almedina

ROQUE, Miguel Prata (2014), “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”. Revista de Concorrência e Regulação. Ano IV - Número 14/15 (Abril-Setembro).

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão (2014), “Direito Económico”. 7ª Edição. Almedina.

SEVERINO, Norberto (2006), “O processo na Lei da Concorrência”. In Soares, António Goucha e Marques, Maria Manuel Leitão (orgs.), Concorrência Estudos, Almedina, 125-151.

SILVA, André Miguel dos Santos Lopes da (2013), “O Regime Jurídico da Concorrência: atuações e práticas”. Tese Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

SILVA, Miguel Moura e (2008), “Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial”. Almedina.

SOARES, António Goucha (2006), “A aplicação descentralizada das normas comunitárias da concorrência”. In Soares, António Goucha e Marques, Maria Manuel Leitão (orgs.), Concorrência Estudos, Almedina, 175-202.